Crim. 154 nc (1

<36635252660014

<36635252660014

Bayer. Staatsbibliothek

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Köstlin
Strafrecht
1

20 g

System des deutschen Strafrechts

von

C. Reinhold Köstlin.

Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Tübingen, 1855.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp & Siebeck. —

95. J.

System

des

deutschen Strafrechts

von

C. Reinhold Köstlin.

Allgemeiner Theil.

Tübingen, 1855.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp & Siebeck. —

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Druck von H. Laupp jr.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Vorwort.

Das System des deutschen Strafrechts, wovon hier zunächst der allgemeine Theil [1]) vorliegt, ruht im Ganzen auf der Grundlage meiner neuen Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. Daß es gleichwohl wiederholt reiflich durchdacht worden ist und zum Theil wesentliche Abänderungen erfahren hat, wird leicht bemerkt werden.

Angesichts der ungemein reichen Entwicklung, welche seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts dem Strafrechte mehr als einem andern Rechtstheile durch Wissenschaft und Gesetzgebung zu Theil geworden ist und ein so massenhaftes Material zu Tage gefördert hat, schien mir vor Allem ein festgeschlossenes, auf sicherem Fundamente ruhendes System Bedürfniß zu sein. Daß darüber die geschichtliche Entwicklung nicht, wie Uebelwollende es mir zugetraut haben mögen, zu kurz gekommen ist, lehrt der Augenschein. Unpartheiische Beurtheiler werden ohne Zweifel finden, daß man in dieser Beziehung dem wahren Bedürfnisse hinreichend entsprechen kann, ohne zu der Koterie der Historiker vom reinsten Wasser zu gehören.

Natürlich handelte es sich jedoch hier nicht um die Rechtsgeschichte als solche, sondern die geschichtliche Entwicklung diente vor Allem dem Zwecke, den heutigen Rechtszustand zu erklären. Dies nämlich, die anschauliche Schilderung und geschichtliche Begründung des heutigen Rechtszustands erschien mir nächst der prinzipiellen Konstruktion als die dringendste, auf dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft noch nicht genügend gelöste Aufgabe.

Daß ich mich keiner Anmaßung gegenüber von andern Bearbeitern

---

1) Zur Vermeidung von Mißverständnissen bemerke ich, daß ich einige Punkte, wie die Frage: ob und inwiefern es ein gemeines deutsches Strafrecht gebe, desgleichen die Aufzählung der Quellen des gemeinen und partikulären Strafrechts nebst Angabe der Literatur darüber in eine geschichtliche Einleitung verwiesen habe, die ich der Raumersparniß halber vorläufig nicht beifüge. Die fraglichen Punkte gehören nach meiner Ansicht nicht in das System selbst, da sie ohne die dazu gehörige genauere geschichtliche Entwicklung nur eine unverständliche Notizensammlung bilden.

des gleichen Feldes schuldig gemacht und jedes wahre Verdienst willig und neidlos anerkannt habe, zeigt das Buch zur Genüge. Um so unbefangener werde ich es aussprechen dürfen, daß ich gerade in den vorgedachten Beziehungen das bisher Geleistete den Anforderungen, wie sie heutigen Tags mit Recht gemacht werden dürfen, nicht entsprechend gefunden habe. Zunächst den Anforderungen für den Unterricht, noch weit mehr aber denen, welche die Männer der Praxis und die zur Theilnahme an den Arbeiten der Gesetzgebung Berufenen an eine Darstellung des deutschen Strafrechts in unsern Tagen zu stellen befugt sind. In keiner Weise kann offenbar eine dogmatische Darstellung des sogen. gemeinen deutschen Strafrechts als eines praktischen mehr befriedigen, wie sie bis jetzt herkömmlich war. Denn die lebendige Wirklichkeit dieser, ohnedies tausendfach kontroversen, Abstraktionen aus dem Entwicklungsgang der modernen Wissenschaft, wobei die unendlich reiche Entfaltung der Gesetzgebung seit 100 Jahren als Nebensache im Schlepptau mitgenommen wird, ist eine heillose und trostlose Täuschung, welche die wahre Erkenntniß des Lebens der strafrechtlichen Idee in der Gegenwart geradezu verhindert und unterdrückt, und den unseligen Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis, an dessen Heilung um jeden Preis gearbeitet werden sollte, nur noch befestigt. Begreiflicher Weise werden, je mehr die neuere Gesetzgebung sich einlebt, für die Praxis jene dogmatischen Darstellungen immer fremdartiger und unbrauchbarer und sie sieht sich mehr und mehr in den Kreis der partikularrechtlichen Literatur der legislativen Arbeiten, Kommentare, Zeitschriften &c. hineingedrängt, welche bei allem hie und da anerkennenswerth hervortretenden Bestreben, das Band der nationalen Einheit festzuhalten, doch nothwendig ihren Schwerpunkt in der Besonderheit hat. Für den Studirenden zwar scheint jene dogmatische Verarbeitung des sog. gemeinen Rechts minder schädlich oder wenigstens unnütz zu sein, da sie ihm jedenfalls ein reiches Material von Wissen liefert, an dem er nie schwer tragen wird, soviel auch Halbwisser gegen die Schulweisheit eifern mögen. Gleichwohl ist es auch für ihn höchst bedenklich, wenn er die Wissenschaft zuerst in einer Gestalt kennen lernt, in der sie gegen die lebendige Wirklichkeit, wenn nicht feindlich, so doch spröd und vornehm, jedenfalls unverantwortlich gleichgiltig ist. Aber noch mehr, jenes Ignoriren der neueren Gesetzgebung, ihre mindestens stiefmütterliche Behandlung ist der gemeinrechtlichen Doktrin selbst zum Verderben geworden; sie hat sich dadurch um einen reichen

Schatz von fruchtbaren Gedanken und bedeutenden Entwicklungsmomenten ärmer gemacht, die auf jenem Wege zur Geltung und von dort aus in die Feuerprobe der praktischen Anwendung gekommen sind. In der That, die Entwicklung der Gesetzgebung seit dem Cod. Maximil. v. 1751 bis zum bairischen Entwurf v. 1854 ist nichts, was sich ungestraft vernachläßigen läßt. Eine Doktrin, die sie ignorirt, oder doch nur nothdürftig herablassende Rücksicht darauf nimmt, unterbindet sich selbst die reichste Lebensader und wird von der Praxis mit Recht als eine sieche précieuse ridicule über die Achsel angesehen [1]).

Es war daher dringend geboten, mit der traditionellen Illusion eines praktischen gemeinen deutschen Strafrechts zu brechen und den heutigen Rechtszustand in seiner partikularistischen Wirklichkeit mit soviel Verläßigkeit und Vollständigkeit, als möglich war, zu schildern. Die wenigen kleinen Gebiete, denen noch eine neue Gesetzgebung fehlt, mußten dabei begreiflicher Weise zu kurz kommen; indessen wird damit wenig gefehlt sein, da einigen derselben die Annahme einer bereits in Geltung befindlichen Nachbargesetzgebung in Aussicht steht (z. B. für Frankfurt das hessische Gesetzbuch), von andern die Entwürfe vielfach berücksichtigt worden sind (z. B. von Mecklenburg, Kurhessen, Hamburg). Dafür sind die neuen Gesetzgebungen einiger Schweizer Kantone beigezogen, und das französische Recht mit all der Rücksicht behandelt worden, die es sowohl an sich, als wegen seines Einflusses auf Deutschland in so hohem Grade verdient. Natürlich konnte aber eine leichtzubeschaffende encyklopädische Uebersicht (im Sinne derjenigen, welche „in vergleichender Jurisprudenz machen" und einen Notizenkram für eine wissenschaftliche Arbeit halten) nicht genügen. Vielmehr kam es darauf an, soweit der beschränkte Raum es irgend gestattete, ein deutliches Bild von dem herrschenden Rechtszustande unter sorgfältiger Benützung der Kommentare und einer gewählten partikularrechtlichen Literatur zu entwerfen, und namentlich auf zweifelhafte Fragen und Streitpunkte hinzuweisen, die sich in dem einen oder andern Lande erhoben haben, und deren Kenntniß auch für die Juristen der übrigen von Interesse sein kann. Das Buch dürfte sich daher theils zum Gebrauche bei Vorlesungen, theils — und zwar besonders — als Handbuch für Praktiker, die nicht an der Scholle kleben, geeignet darstellen. Denn es ist wahrlich sehr an der Zeit, dem Isolirtrieb der partikulari-

---

1) s. meine Artikel in Arndt's Germania I. S. 679—700. II. S. 392—427. 573—608.

stischen Jurisprudenz zu steuern und dem Juristen des einen deutschen Landes den Einblick in die Gesetzgebung und Praxis der übrigen stets offen zu erhalten. Daß in dieser Beziehung die Arbeit freilich manche Lücke, wohl auch den einen oder andern Irrthum enthalten werde, sage ich mir selbst. Für Belehrung werde ich sehr dankbar sein, hoffe aber auch, daß man mein gewissenhaftes Streben anerkennen werde, soviel zu thun, als mir unter beschränkten Verhältnissen möglich war. Hämische Herabwürdigung meiner Leistungen werde ich, wie bisher, durch die gebührende volle Verachtung strafen.

Wenn nun aber das aus der Entwicklung der neueren Wissenschaft abstrahirte sog. gemeine deutsche Strafrecht hier preisgegeben wird, so ist damit jene Entwicklung selbst keineswegs bei Seite gesetzt worden. Im Gegentheil ist auf sie das Hauptgewicht gelegt und der praktische Zustand als ihre Konsequenz aufgezeigt worden. Allein dies konnte nur dadurch geschehen, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft ihre richtige Stellung als geschichtlicher Prozeß erhielt, in welcher sie die unentbehrliche Grundlage und Voraussetzung alles modernen Strafrechts in Deutschland bildet. Nur freilich begnügt sich die vorliegende Darstellung nicht damit, die neuere Wissenschaft (etwa seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts) als eine selbst voraussetzungslose Erscheinung aufzunehmen, sondern bemüht sich überall, den dogmengeschichtlichen wie den rechtsgeschichtlichen Faden soweit zurückzuführen, als es irgend mit Verläßigkeit geschehen kann.

Daß hiemit das gemeinrechtliche Element nicht hinter dem partikularrechtlichen zurückgesetzt ist, liegt auf der Hand. Es ist nur in einem Punkte, in welchem seit einem Jahrhundert fromme Lüge und Selbsttäuschung zum Systeme geworden ist, der Wahrheit die Ehre gegeben. Der heiligen Sache der Verwirklichung des Gedankens eines nationalen deutschen Rechts glaubte ich so besser zu dienen, als wenn ich Angesichts des offenbaren Siegs der Rechtsbesonderheit die Einheit geheuchelt hätte. Ja, ich sehe in dieser partikularistischen Kodifikation selbst, so sehr sie für den Augenblick die Kräfte aufreibt, einen reinen Gewinn für die künftige Verwirklichung der deutschen Rechtseinheit, und jeder wird mir beistimmen, der den aus dieser Mannigfaltigkeit sich entbindenden Gedankenreichthum mit der geistreichen Einseitigkeit der rechtseinheitlichen französischen Literatur vergleicht.

Tübingen, 1. Juni 1854.

C. Reinhold Köstlin.

Inhaltsübersicht.

Seite

Berichtigungen.

Es sind einige Bestimmungen der hannövr. Strafpr.O. übersehen geblieben. Hiernach ist

zu S. 489. 490 der §. 49 dieses Gesetzes zu bemerken, gemäß welchem die im StrafGB. Art. 89. nr. 4 enthaltene Vorschrift auf die Verjährung der Befugniß, Untersuchung zu beantragen, beschränkt wird und nach rechtzeitiger Anbringung des Antrags für die Verjährung der Strafe selbst (?) die Fristen des (StrafGB.) Art. 89, nr. 1—3 eintreten sollen.

Ferner modifizirt sich nach §. 39 der Strafpr.O. das

S. 515 zu not. 9 Gesagte, da im §. 39 ausdrücklich nur von „betheiligten Privatpersonen" die Rede ist; ferner

S. 517. not. 5, da im §. 39 Antrag, Verlangen und Anzeige als gleichbedeutend angegeben werden;

eb. not. 7, da nach §. 39 der Betheiligte seinen Antrag bis zum Beginn der öffentlichen Verhandlung zurücknehmen kann;

S. 520. not. 1. 5. S. 522. not. 1 u. 3 ist der §. 39 mit anzuführen; ebenso

zu S. 525. not. 1, sofern nach §. 39 die Staatsanwaltschaft, wenn der Betheiligte den Antrag gestellt hat, die öffentliche Klage gegen alle Urheber, Gehilfen und Begünstiger erheben kann, wenn auch der Antrag nur auf einzelne dieser Personen beschränkt war oder andre ausdrücklich ausgeschlossen hatte.

Zu vergleichen sind ferner §. 40 u. 43.

Einleitung.

§. 1.

Das Recht ist eine Form der Sittlichkeit. Was in subjektiver Form die Moral ist, das ist in objektiver Form das Recht. Wie alle Formen der Sittlichkeit, so besteht auch das Recht in der Einheit des allgemeinen Willens mit dem des Einzelnen. Seine Eigenthümlichkeit andern sittlichen Mächten gegenüber liegt aber eben darin, daß es das äußere Leben der Gattung und ihr gesellschaftliches Zusammensein zu seiner Sphäre hat. Alles, was am Begriffe des Rechtes Theil nimmt, fällt daher nothwendig in den Bereich des äußeren Daseins, sowie umgekehrt alle sittlichen Elemente (z. B. Religion, Wissenschaft ꝛc.), sobald sie diesen Boden betreten, unter den Typus des Rechtes fallen. N. Rev. S. 21—27. [1])

§. 2.

Das Unrecht ist das Gegentheil des Rechts; es muß daher darin bestehen, daß der Einzelwille in der Sphäre des äußern Daseins mit dem allgemeinen nicht identisch ist. Dieser Gegensatz verwirklicht sich aber in folgenden Stufen: 1) der Wille ist zunächst die Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu sein oder dasselbe zu verletzen, — das bloß mögliche (polizeiliche) Unrecht [2]); — 2) der Einzelwille hebt seine Einheit mit dem allgemeinen wirklich auf, aber noch ohne bestimmtes Bewußtsein dieses Unterschieds, — das bürgerliche Unrecht [3]); — 3) der Unterschied des Einzelwillens vom allgemeinen wird zum bewußten Gegensatze, — das Verbrechen. N. Rev. S. 28—31.

Auch im Gebiete 2) giebt es eine Klasse von Unrecht, welches nicht mehr (mit Hegels sonst glücklichem Ausdruck) unbefangenes Unrecht genannt, gleichwohl aber auch nicht dem Verbrechen (Nr. 3) zugezählt werden kann. Dahin gehören alle die Fälle, wodurch eine in civilrechtlichem Sinne dolose oder kulpose

---

1) Vgl. Wächter Lb., §. 231, j. §. 62. 107. Luden Abh. II. 116—135, Hdb., I, 165 ff. Birnbaum N. Arch. 1834. S. 149 ff. 1837. 493 ff. und unten über Polizeivergehen. — Die nähere Bestimmung, welche Berner im N. Arch. 1849 S. 456 f. vorschlägt, führt zur Unbestimmtheit und ist keineswegs nöthig, da weder die Blasphemie, noch die Unzuchtsverbrechen bloße Verletzungen eines Prinzips sind. Geläugnet ist die Möglichkeit einer begriffsmäßigen Scheidung verschiedener sittlicher Sphären von Jarcke I. §. 16.

2) s. unten §. 18.

3) Luden Hdb. I. 18 n. 1. Mittermaier in den Annal. der Krim.-Rechtspflege VI. 21.

Handlungsweise — Frivolität, Eigenmächtigkeit, Leichtsinn, Trägheit u. dgl. Schadenersatzpflicht begründet wird, ohne daß doch dem Schuldigen eine prinzipielle Entgegensetzung seines Willens gegen das Recht als solches nachzuweisen ist, mit welchem er vielmehr, wenn auch auf der äußersten Grenzlinie, immer noch sich zu konformiren wünscht und glaubt (ein noch wenig beachteter Punkt).

§. 3.

In allen seinen Formen ist jedoch das Unrecht das in sich selbst Nichtige [1]), weil es der Begriff des Rechts ist, das unbedingte Wesen aller in die äußere Existenz fallenden Verhältnisse zu sein, hiegegen aber der Begriff des Unrechts ein bloßer Schein, mithin ein sich selbst Aufhebendes und sein Gegentheil Forderndes ist. Diese Forderung gestaltet sich aber verschieden nach den Stufen des Unrechts. 1) Das erst bloß mögliche Unrecht kann eben insofern nicht Gegenstand einer Wiederaufhebung sein, sondern nur die Thätigkeit des Schutzes und der Vorbeugung gegen sich hervorrufen (Sicherheitspolizei [2]). 2) Dagegen ist nun das bürgerliche Unrecht ein bereits in die Wirklichkeit getretenes und darum wiederaufzuhebendes. Da es jedoch seine Existenz nicht im Willen, sondern nur in der Sphäre des äußeren Daseins hat, so genügt seine Wiederaufhebung in dieser Sphäre, welche sich als Vergütung des gestifteten Schadens vollzieht (bürgerliche Rechtspflege). 3) Auch das peinliche Unrecht kann einen solchen äußeren Schaden stiften, der vergütet werden muß. Allein hier genügt es an dieser Entschädigung nicht. Da vielmehr dieses Unrecht seine Existenz wesentlich im Willen hat, so fordert es seine Wiederaufhebung auch in dieser Sphäre (Strafrechtspflege [3]). N. Rev. S. 32—37.

Das abstrakte Wesen des polizeilichen Unrechts ist von seinem Hervortreten im Staate, womit die Polizeistrafgerichtsbarkeit zusammenhängt, wohl zu unterscheiden. s. unten. — Das Verhältniß der neueren deutschen Gesetzgebungen zu dem §. 1 aufgestellten Begriff ist als ein allmälig sich annäherndes zu bezeichnen, da man immer mehr einsieht, daß der noch im Anf. dieses Jahrhunderts herrschend gewesene, vornämlich nur vom Privatrechte abgezogene und höchstens durch Fiktionen ausgedehnte Rechtsbegriff ein zu enger ist, der innerlich und äußerlich erweitert werden muß. Aeltere Rechtsquellen enthielten hier oft in ihrer Unbefangenheit viel Richtiges, wozu man erst jetzt wieder zurückkehrt.

---

1) s. auch Schröter Hdb. §. 14.

2) s. N. Rev. S. 694 ff., vgl. Wirth Ethik II. 272 ff. Mohl Präventivjustiz, 2. Aufl. 1845 (zu S. 18 n. 2). Heffter im N. Arch. 1843. S. 124 n. 4. Literat. s. bei Mohl S. 56—63.

3) vgl. Hye Komm. S. 45—49, wo aber die Begriffsbestimmung des bürgerlichen Unrechts theils zu eng, theils zu weit, jedenfalls zu äußerlich gehalten ist, dagegen hinsichtlich des peinlichen Unrechts und der Nothwendigkeit des Strafzwangs das Moment der Gemeingefährlichkeit in einer Weise eingemischt wird, die zu Verwirrungen Anlaß geben kann, s. u. §. 17.

Erster Theil.

Das Verbrechen.

§. 4.

Als eine Art des Unrechts (§. 2) besteht das Verbrechen in einer Losreißung des Einzelwillens vom allgemeinen im Gebiete des äußern Daseins. Hiemit ist gesetzt 1) als Inhalt des Verbrechens die grundsätzliche Verletzung des Rechts, 2) als seine Form die Gegenständlichmachung des Willens im äußern Dasein, d. h. die Handlung; 3) beides zusammen ergiebt den Begriff oder allgemeinen Thatbestand des Verbrechens.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsverletzung.

§. 5.

Den Inhalt des Verbrechens bildet die Verletzung des Rechts als solchen. Denn eben dadurch unterscheidet es sich von den übrigen Arten des Unrechts. Da nun aber (§. 1) das Recht die Sittlichkeit in der Form des äußern Daseins ist, so folgt, daß es eben auch nur in dieser Form verletzt werden kann. Es ist hiernach am Verbrechen a) ein substantielles Moment, und b) das Moment der Erscheinung zu unterscheiden; aber erst c) die konkrete Einheit beider macht den vollen Inhalt des Verbrechens seinem Gegenstande nach aus.

Erster Abschnitt.

Substantielles Moment.

§. 6.

Das Verbrechen hat im Gegensatze zu jeder andern Art von Unrecht seine Eigenthümlichkeit darin, daß es nicht bloß gegen eine bestimmte Erscheinung des Rechts, sondern gegen dessen Wesen gerichtet ist. Es negirt das Recht in seiner Allgemeinheit, es stellt

den Grundsatz in Frage, auf welchem das angegriffene besondere Recht beruht. N. Rev. S. 40—43 [1]).

§. 7.

Das Wesen der Sittlichkeit ist dasselbe in allen seinen Formen [2]). Daraus folgt, daß eine Verletzung des Rechts als Rechts niemals moralische oder religiöse Pflicht sein kann [3]). Umgekehrt giebt es aber allerdings Verletzungen von Pflichten, welche keineswegs den Charakter von Rechtsverletzungen haben, weil die betreffende sittliche Potenz nicht in den Kreis des äußern Daseins fällt. N. Rev. §. 157. 158.

Erstere Bestimmung hat allerdings einen auf sittlicher Grundlage beruhenden Staat zur Voraussetzung. Wo es hieran oder wenigstens an einer auf sittlicher Grundlage beruhenden Staatsverwaltung fehlt, da können freilich für den Einzelnen Pflichtenkonflikte entstehen, deren Lösung nicht mehr im Bereiche der Wissenschaft liegt [4]). Die letztere Bestimmung ist — im entschiedenen Gegensatz zu den morgenländischen Rechten — von den abendländischen von jeher anerkannt worden. Die Ausnahme, welche das Bußrecht der christlichen Kirche im Mittelalter machte [5]), erklärt sich aus der geistlich-weltlichen Doppelnatur dieses Rechts. Einseitig aufgefaßt, läßt allerdings der Standpunkt des §. 6 die Grenze gegen die Moral verschwinden [6]), wofür außer dem Strafrecht der christlichen Kirche auch das auf der Grundlage antiker politischer Moral ruhende Strafrecht der römischen Republik Belege darbietet.

§. 8.

Als Rechtsverletzung muß nämlich das Verbrechen auch die dem Rechte seinem Wesen nach zukommende Bestimmtheit annehmen. Die im Begriffe des Verbrechens liegende unendlich negative Tendenz gegen das Recht muß sich daher zum bestimmten, äußerlich hervortretenden Akte besondern. N. Rev. S. 44. 45.

---

1) Abegg Lb. §. 100. Da nun keine andere Art von Unrecht außer dem Verbrechen den Strafzwang hervorruft (§. 3), so fällt die Eigenschaft der Rechtswidrigkeit beim Verbrechen mit der Eigenschaft der Strafbarkeit zusammen. A. M. Abegg ebend. §. 110. 111. Daß die Strafbarkeit sich sofort zur Strafgesetzwidrigkeit fortbestimmen muß, darüber s. §. 10 ff. Selten wird gerade dieses Hauptmoment richtig erkannt, selbst von solchen, die im Allgemeinen der richtigen Ansicht folgen, so z. B. Heffter §. 8. Luden Hdb. I. 14—17.

2) Abegg im N. Arch. 1851. S. 106.

3) N. Rev. S. 608—612. vgl. Bair. G.B. Art. 39. Sächs. Art. 68. Wirt. Art. 55. Anm. z. Bair. Gb. I. 141. Hufnagel I. 103. Breidenbach I. 2. S. 40—42. Hannövr. Gb. Art. 41. Braunschw. §. 31. Bad. §. 74. Thüring. Art. 63, 3. Hye S. 215.

4) vgl. Socrates in Plato Crito. c. 11—17. Schleiermacher christl. Sittenlehre S. 253.

5) s. die Pönitentialbücher bei Kunstmann, Wasserschleben, Hildenbrand.

6) N. Rev. S. 45. Ueber den Unterschied des Verbrechens von Immoralität s. Verweyde quatenus actiones virtutis legi contrariae delictis sint accens. 1828. Wichers disquis. loci qui est in C. poen. gall. de facinor. c. bonos mores. 1839. vgl. Luden Abh. II. 116 ff.

Zweiter Abschnitt.
Moment der Erscheinung.

§. 9.

[§. 9—12.]

Dieses Moment enthält selbst wieder ein doppeltes: 1) die formelle Daseinsbestimmtheit des Rechts überhaupt, — seine Positivität; 2) seine Besonderung dem Inhalte nach.

I. Die Positivität des Rechts.

§. 10.

Der sittliche Geist — in der Form des Rechts, wie in der Form der Pflicht — ist der Potenz nach im menschlichen Geiste gesetzt, aber eben nur als ein Keim, den die Willkühr nach Belieben entwickeln kann. Deßhalb muß er zugleich Formen annehmen, welche der menschlichen Freiheit als unbedingte Normen des Wollens gegenüberstehen [1]). Die angemessene Form dieser Art für die Sphäre des objektiven Daseins der Sittlichkeit (des Rechts) ist die — des Gesetzes, welches gegen die Freiheit des Menschen gleichgiltig, seine unbedingte Erfüllung verlangt und diese Forderung nöthigenfalls durch Zwang verwirklicht. N. Rev. S. 640—644.

§. 11.

In dieser Formbestimmtheit als Gesetz tritt das Recht in's Dasein und fällt a) als gesetztes (positives) Recht unter die Bedingungen des Raums und der Zeit; b) wird es eine Sache des gesellschaftlichen Bedürfnisses und Wohls; c) unterliegt es der Nothwendigkeit, einem bestimmten Staate anzugehören.

1. Das positive Recht.

§. 12.

Als die absolute Norm des objektiv Sittlichen ist nun das Recht in der That schon seiner Natur gemäß stets in einer vom Einzelwillen unterschieden Formbestimmtheit gesetzt, d. h. es ist als die allgemeine Regel der dem gesellschaftlichen Leben angehörigen Handlungen mehr oder minder bestimmt für das Bewußtsein fixirt und als diese Regel bekannt. Durch diese Bestimmtheit ist es Gesetz (im w. S.), — positives Recht, und zwar auch schon in der Form der Sitte oder des Gewohnheitsrechts. N. Rev. §. 173. 174.

Als eigentliches Gewohnheitsrecht (im e. S.) kommt allerdings das Strafrecht seiner eigenthümlichen Natur nach nur in Zeiten unreifer Staatsbildung vor (s. z. B. die deutschen Volksrechte), während es, sobald einmal eine gesetzge-

1) Wirth System der Ethik I. 100—117. II. 83. 84.

bende Gewalt besteht, nur noch in der Form des Gerichtsgebrauchs wirksam werden kann. Auch Letzteres wird zwar theilweise für das gemeine deutsche Strafrecht in Abrede gezogen [1]), jedoch im Widerspruch mit dessen Quellen [2]). Denn das neueste römische Recht, obwohl es die frühere freiere Bewegung des richterlichen Ermessens bedeutend beschränkte, läßt doch immer noch einen ziemlichen Spielraum für die Praxis (bei Unbestimmtheit der Strafe, bei der Strafschärfung oder Milderung rc.) offen [3]). Das deutsche Recht des Mittelalters verlor sich mit Ausnahme des im Verhältniß wenig umfassenden Reichsstrafrechts großentheils in Aufzeichnung lokalen oder ständischen Gewohnheitsrechts, und selbst das gesetzlich fixirte beschränkte sich auf die rohesten Grundzüge [4]). Die P.G.O. erkennt löbliche Gebräuche und gute Gewohnheiten ausdrücklich an, nur mit der Beschränkung, daß dadurch weder in Fällen, wo die kaiserlichen Rechte es nicht verordnen, eine peinliche Strafe eingeführt, noch auch das Unvernünftige bestehend erhalten werden dürfe [5]). Die neueren Gesetzgebungen dagegen berühren die Frage nicht, ja sie verneinen sie wohl indirekt [6]). Gleichwohl ist die Bejahung derselben auch für das neuere Recht aufrecht zu erhalten, worüber das Nähere unten §. 24. [7])

§. 13.

Hiedurch giebt sich das Recht an die Bedingungen der Endlichkeit hin, es verfällt der Nothwendigkeit der Entwicklung in Raum und Zeit. Da nun in dieser Sphäre des Daseins die Besonderheit und Zufälligkeit ihre Stelle haben, so kann das gesetzte (positive) Recht allerdings seinem Inhalte nach von dem verschieden sein, was an sich Recht ist. N. Rev. S. 650—652 [8]).

Die Rechtsidee ist der Nothwendigkeit einer weltgeschichtlichen Entwicklung und einer durch örtlich und zeitlich bedingte, mannigfach unvollkommene Erscheinungen hindurchgehenden allmäligen Vervollkommnung ihres endlichen Lebens unterworfen [9]). Diese Einsicht, zu welcher nur die (freilich nur erst in Anfängen

---

1) Feuerbach L.B. §. 5. Anm. — Vgl. jedoch Grolman in s. Magaz. I. 2. 151—180: Weisse de vi consuetud. in causis crimin. 1813. Gerstäcker im N. Arch. VI. 463 ff. Jarcke Hdb. I. 58—64. Luden Hdb. I. 133—140. Wächter Gem. R. 111 ff. Schröter Hdb. I. 61. Puchta Gewohnh.-R. II. 240—262. Abegg L.B. §. 15. Biener im N. Arch. X. 490 ff.

2) l. 23. 38 D. de legib. (1. 3). l. 131. §. 1 D. de V. S. (50. 16). l. 9. 10. D. de extraord. crim. (47. 11) l. 3. C. quae sit longa consuet. (8. 53). Schwäb. L.R. c. 44. 358 a. E. P.G.O. Vorr. und Art. 104. 135. 215. 218. vgl. Nov. 14 hinter der Wirt. L.O. §. 1. Heffter §. 12. 13. Birnbaum im N. Arch. VIII. 678 f. XIII. 543 f. Luden a. a. O. S. 168.

3) Geib Gesch. d. röm. Crim.proz. 657 ff. Rein Krim. R. d. Römer 221. 222.

4) Zöpfl Bamb. R. 132. Wächter Gem. R. 117.

5) theilw. a. M. sind Puchta II. 250 f. Luden I. 138 n. 8. hins. der P.G.O., jedoch mit Unrecht. s. z. B. Art. 219.

6) s. z. B. Preuß. G.B. §. 2. Wirtemb. Art. 1. Badisch. §. 1. vgl. Luden I. 168. 169.

7) Vgl. auch noch Krug Gesetzesauslegung. 1848. S. 17 ff.

8) Hegel Rechtsphilos. §. 212. vgl. Abegg Strafrechtstheorieen 58—63.

9) Abegg Lb. S. 94. 95.

kultivirte) Philosophie der Geschichte zu führen vermag, giebt dem Juristen allein diejenige feste Stimmung, welche ihn ebenso gegen jeden radikalen Versuch, alles Bestehende umzustürzen, wie gegen jedes geist- und gewissenlose Unternehmen, eine überwundene Kulturstufe gewaltthätig festzuhalten, widerstandskräftig zu machen im Stande ist.

§. 14.

Da mithin das Recht, welches den Gegenstand der Verletzung bildet, nur in einem durch Gesetz und Gewohnheitsrecht bestimmten Dasein vorkommen kann, so muß ein Verbrechen immer die Uebertretung eines Gesetzes im w. S., d. h. einer positiven Rechtsbestimmung sein. N. Rev. §. 177.

Da Feuerbach diesen Satz (wenn auch mit unrichtiger Ausschließung des Gewohnheitsrechts) nicht nur anerkennt, sondern sogar sein ganzes Strafrechtssystem auf die Abschreckung durch das Strafgesetz baut, so hat es geringe praktische Bedeutung, wenn er unter den Quellen des positiven Strafrechts auch die Philosophie des Strafrechts aufführt [1]). Jetzt ist es aber wohl als allgemein angenommen zu betrachten, daß es ein „natürliches" Strafrecht mit praktischer Bedeutung nicht gebe, — natürlich vornweg nicht in dem Sinn eines für den sog. Naturzustand giltigen [2]), aber auch nicht in dem Sinn eines neben dem positiven etwa subsidiarisch anwendbaren Strafrechts [3]). Nur hat man oft theils die Frage hinsichtlich der sog. natürlichen Verbrechen schief gestellt [4]), theils durch Herbeiziehung anderweitiger Punkte sich und Andere verwirrt [5]).

§. 15.

Daraus folgt, daß kein Verbrechen vorliegt, wo eine Handlung, sollte sie auch übrigens die Eigenschaft einer Rechtsverletzung an sich zu haben scheinen, vom Gesetze (im w. S.) entweder geduldet oder sogar geboten, oder wo dem Gegenstande derselben durch das Gesetz diejenige Eigenschaft entzogen ist, vermöge welcher sie eben den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. N. Rev. §. 178.

---

1) §. 5. Auch Morstadt n. 2. stimmt noch bei, s. übrigens Feuerbach selbst §. 15. Anm. u. über Philos. u. Empirie. S. 6. Vorr. zu Unterholzner p. X. XI.

2) Hiemit macht sich Mittermaier zu Feuerb. §. 2. n. 4. ohne Noth zu schaffen. vgl. Henke Hdb. §. 3. n. 1. Früher war allerdings derlei Träumerei in Deutschland, wie in Frankreich und England im Schwang.

3) Wächter Lb. I. §. 41. n. 94. Jarcke Hdb. I. 59. 60. Roßhirt im N. Arch. XII. 60. Luden Hdb. I. 165—172. A. M. Tittmann Hdb. I. 63.

4) so z. B. Hepp Versuche Nr. II. f. dag. Bauer Abh. I. 148—150 und 127—130.

5) s. z. B. Mittermaier a. a. O. vgl. noch Königswärter de placito: nullum delictum, nulla poena sine legi poenali. 1835. Birnbaum im N. Arch. 1836. S. 560 f. Oersted Grundr. S. 106 fg., Abegg S. 80 und bes. Zachariä Lehre vom Versuch I. §. 49; vgl. auch noch die Abh. von Kraus im N. Arch. 1852. S. 188—224, welche freilich viel Unklares u. namentlich eine wunderliche (mindestens relative) Polemik gegen die N. Rev. enthält, deren Grundansicht doch in der gedachten Abh. nur in privatrechtlicher Form variirt ist.

Die meisten der hiefür aus der Geschichte des Strafrechts zu entnehmenden Beispiele [1]) sind durch den Fortschritt der modernen Gesittung beseitigt worden.

1) Gestattete Handlungen, welche außerdem als Rechtsverletzungen erscheinen würden. — Aus dem römischen Rechte gehören unter Anderem [2]) hierher: die erlaubte Tödtung des nächtlichen Diebs, die jedoch schon unter den Kaisern in die Grenzen der Nothwehr eingeschränkt wurde [3]), — die gestattete Tödtung des Entführers, welche jedoch wahrscheinlich kein oder wenigstens kein reiner Fall erlaubter Selbsthilfe war [4]), — und die erlaubte Tödtung des Ehebrechers und der Ehebrecherin durch den Hausvater und (resp.) den Ehemann, beziehungsweise die unerlaubte Gefangenhaltung des Ehebrechers durch den Ehemann [5]). Die letztere ist von der P.G.O. ausdrücklich bestätigt (Art. 142). Was dagegen die Tödtung betrifft, so ist die Sache durch ein offenbares Redaktionsversehen in der P.G.O. zweifelhaft geworden; aber eben dieses Redaktionsversehen [6]) beweist, daß die P.G.O. (Art. 142. 150) hier nicht aus dem röm. Rechte, sondern aus der Bamb. (Art. 145) auszulegen ist, d. h. daß nach ihrem Sinne die Tödtung des Ehebrechers und der Ehebrecherin von Seiten des Ehemanns oder des Vaters der Letztern überall (also abgesehen von den Beschränkungen des röm. R.) straflos sein soll, wenn sie im Affekte verübt ist. Diese Auslegung haben denn auch die Praktiker ganz mit Recht [7]) gemacht, nur daß sie bald das Tödtungsrecht auf zu viele Personen ausdehnten [8]), bald das Recht selbst von Strafauf-

---

1) s. bes. Abegg Untersuchungen, Abh. II. Wilda 701—705.

2) Das bloß Geschichtliche über die erlaubte Tödtung eines homo sacer, eines aquae et ignis interdictus, eines transfuga, eines proscriptus s. bei Abegg a. a. O. und bei Rein 136—138.

3) Cic. p. Tull. 47—51. Coll. VII, 2. 3. l. 9. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8.) Dirckfen 12 Taf.fragm. 564 f. Abegg a. a. O. 141 ff. Sanio Obs. ad l. Corn. I. 20 sq. Platner quaest. 69—71. Rein 141. 142. 298. 299. vgl. P.G.O. Art. 150.

4) l. un. pr. C. de raptu virg. (9. 13). vgl. Matthaeus ad D. 48. 4. c. 2. n. 11. Heffter Lb. §. 461. n. 1. Wächter Abh. I. 66. 67.

5) l. 20—25. 32. pr. 42 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5) l. 4. C. eod. (9. 9). Paul. Rec. S. II, 26. §. 1. 2. 4. 6. 7. Coll. IV, 2. §. 3—7. IV. 3. §. 2—5. IV, 8. 12. Nov. 117. c. 15. vgl. Caus. 33. qu. 2. c. 7—9. c. 3. X. de sent. c. excomm. (5. 39). Zeithopf Tract. de jure occid. prehensum in adult. 1667. Hoffmann ad l. Jul. de adult. lib. sing. c. 5. §. 1—7. Pirmez de marito tori viol. vindice ex jure Rom 1822. Sanio obs. ad l. Corn. de sic. I. p. 39—54. Wächter Lb. II. S. 450—454. Abegg Unters. 158—174. Mein Mord und Todtschlag 165—173. Rein 838. 843. 844.

6) Hierin liegt der entscheidende Grund gegen Feuerbach Lb. §. 383 n. d., nicht in dem von Wächter a. a. O. Bemerkten, welcher auch irrig angibt, daß beide Projekte der P.G.O. den Art. 145 der Bamb. wiederholen, während dies nur im ersten der Fall ist (und zwar Art. 126, nicht 120). Die jedenfalls liederliche Citation des Art. 121 (120?) zeigt, daß man den Art. 145 der Bamb. als die praktische Regulirung des Verhältnisses noch immer im Auge hatte, wenn auch das zweite Projekt denselben weggelassen hatte, vgl. auch Abegg Unters. S. 347—357, mißverstanden bei Luden Hdb. S. 331 332. n. 3. 4.

7) A. M. scheint Heffter §. 230 n. 7 zu sein, pflichtet aber doch zuletzt bei. Darüber, daß diese Auffassung im röm. Recht selbst schon angebahnt war, s. Meine Schrift: Mord u. Todtschl. a. a. O.

8) Böhmer ad Carpz. qu. 52. obs. 1. Koch §. 320. Quistorp §. 460.

hebung auf bloße Strafmilderung herabsetzten [1]). Nach heutigen Rechtsbegriffen nun muß sowohl das Recht der Gefangenhaltung des Ehebrechers [2]), als die Bestimmung der Nov. 117. c. 15. für antiquirt angesehen werden. In Beziehung auf den Hauptfall (Ertappung in flagranti) wird jetzt wohl überall nicht mehr [3]) Straflosigkeit des tödtenden Vaters oder Gatten, wohl aber mehr oder minder gemilderter Todtschlag [4]) angenommen, was auch auf den analogen Fall der Entführung unbedenklich zu beziehen ist [5]). — Alle diese Fälle kommen mithin nach heutigem Rechte unter die allgemeineren Kategorieen der Nothwehr oder des Affekts zu stehen. — In weit größerem Umfange gestattete das altdeutsche Recht die Selbsthilfe [6]). Von den Fällen, die sich auch beim allmäligen Verschwinden des alten Racherechts noch erhielten, mögen ausgezeichnet werden: das Recht des Ehemanns, den Ehebrecher und die Ehebrecherin zu tödten [7]), noch von Ruprecht v. Freising (II. c. 15. ed. v. Maurer) bezeugt [8]), dagegen im Kaiserrecht (II. c. 22) gleich anderer Selbsthilfe für unzuläßig erklärt; ferner die Befugniß, den nächtlichen Dieb (oder überhaupt einen Nachts ins Haus Eingeschlichenen), den ertappten, den fliehenden Dieb zu tödten [9]), wobei jedoch meist bereits die eine oder andere unter die Kategorie der Nothwehr fallende Beschränkung (zum Theil unter wahrscheinlichem Einflusse des röm. Rechts) beigefügt ist [10]); — endlich die erlaubte Fehde [11]). Von diesen Fällen ist jedoch der letztere selbstverständlich antiquirt; von den beiden andern gilt dasselbe, was

1) G. J. F. Meister princ. §. 258. Grolman §. 386 (wo übrigens Wächters Ansicht über die Auslegung der P.G.O. bereits angedeutet ist).

2) A. M. Heffter §. 286. n. 3. 446 a. E. s. dag. Mittermaier n. 2. z. F. §. 383.

3) A. M. Mittermaier n. 1. 4. a. E. z. F. §. 383 Dagegen Heffter §. 230 n. 7.

4) Häberlin III. 24. 25. Wirt. Gb. Art. 243, 2. (Hufnagel II. 34). Hannövr. Art. 231. Braunschw. §. 146, 2. (Breym. S. 271). Hess. Art. 254. Bad. §. 210. Preuß. §. 177. (Beseler S. 352). vgl. Code pénal art. 324.

5) Hufnagel. II. 159.

6) Das Alterthümlichste findet sich in der l. Fris. zusammengestellt, z. B. Tödtung des Tempelräubers, des campio, des neugebornen Kindes (durch die Mutter).

7) Daß diese Rachebefugniß ursprünglich nicht bloß dem Ehemann zustand, und überhaupt nicht bloß beim Ehebruch vorkam, sondern die rohe Form einer Art von judicium domesticum war (woraus auch das Tödtungsrecht des römischen Hausvaters abzuleiten ist), wird allerdings durch eine Reihe von Stellen bestätigt; s. z. B. Tac. Germ. c. 19. Ed. Roth c. 189. 222. L. Wisig III, 4, 5. L. Burg. 35, 2. Bonifac. b. Jarcke III. S. 51. n. 64. Allein ebenso gewiß erhielt sie sich mit der Zeit blos für den Ehemann. vgl. L. Wisig III, 4, 4. L. Fris. IV. L. Bajuv. VII, 1. §. 2. Ed. Roth. c. 213. L. Burg. 68, 1, und keineswegs (wie Jarcke meint, der die angef. Stellen nicht wohl gelesen haben kann), bloß gegen den Ehebrecher, sondern auch gegen die Frau; vgl. Wilda 704. 705. 810. 811. 823—825.

8) vgl. Citate bei Jarcke III. 52 n. 66.

9) Withräds Ges. c. 26. Ines Ges. c. 16. 21. 35. L. Angl. et Wer. VII §. 4.

10) Aelfreds Ges. c. 25. Aethelstans Ges. II. c. 1. §. 2. — L. Fris. V. L. Sax. IV, 4. L. Rip. 77 (79). L. Burg. VI, 2. XXVII. 9. Ed. Roth. c. 32. 269. L. Bajuv. VIII, 5. und de popul. legib. c. 3. L. Wisig. VII, 2, 15. 16. vgl. Wilda 889—891 und Zöpfl im N. Arch. S. 132 f.

11) P.G.O. Art. 129.

über das röm. Recht bemerkt wurde. Als praktische Fälle sind daher nur noch anzuführen [1]: a) Verletzungen infolge väterlicher, eheherrlicher Gewalt und ähnlicher Privatrechte, vorausgesetzt, daß der Ausübende sich keinen Exceß zu Schulden kommen läßt [2]. b) die Fälle der erlaubten Selbsthilfe im Privatrechte, d. h. [3]) solche Fälle, in welchen sich ein Recht nur durch eigenmächtiges Eingreifen in fremde Rechtskreise geltend machen läßt und das Gesetz ein solches Eingreifen ausdrücklich gestattet, ohne daß der Fall der Nothwehr vorläge [4]. Nach diesem Begriffe gehört das Retentionsrecht gar nicht einmal unter die Selbsthilfe [5], ebensowenig der Fall [6], wenn Jemand das ihm vertragsmäßig eingeräumte Recht zu eigenmächtigem Einschreiten nun auch wirklich ohne Widerstand der Gegenparthei [7] ausübt; und eben so wenig der Fall, wenn Jemand ein auf seinem eigenen Grund und Boden durch einen Dritten unbefugter Weise Errichtetes zerstört [8]. Gemäß der angegebenen Beschränkung dagegen gehört nicht hierher alle bloß zur Selbstvertheidigung gegen ungerechte Angriffe auf Person oder Vermögen ausgeübte Gewalt [9]. Da nun hierunter aus unten näher zu entwickelnden Gründen auch diejenigen Fälle zu stellen sind, in welchen der Angegriffene zur Wiedererlangung eines bereits entrissenen Besitzes in continenti oder nach erlangter Wissenschaft Gewalt anwendet [10], so bleiben als Fälle der erlaubten Selbsthilfe nur noch folgende übrig: aa) die erlaubte Verletzung fremder Sachen zur Rettung eigener, denen sie Gefahr drohen [11], ohne daß dabei ein widerrechtlicher Angriff zu Grunde liegt [12]; bb) die in einigen Fällen einge-

---

1) Hannöv. Gb. Art. 77.

2) l. 3. C. de patria pot. (8. 47). l. un. C. de emend. servor. (9. 14) l. un. C. de emend. prop. (9. 15). Heffter §. 39, 286. Ueber das hier sehr viel weiter gehende ältere deutsche Recht s. Kraut Vormundschaft. Wilda 704. 705.

3) Der Begriff erscheint meist sehr mangelhaft gefaßt, besonders bei den Aelteren; s. z. B. J. H. Böhmer de poena jus sibi dicentis sine judice. Exerc. ad Pand. II. ex. 23. c. 1. §. 16 sq. Glück Pand. Komm. XV. 122 f. Mühlenbruch Pandekten §. 135. Wächter Lb. II. §. 146 n. 49. Mot. z. Wirt. Gb. S. 174.

4) Wirt. Gb. Art. 200. Braunschw. §. 118. Bad. §. 279.

5) Schenck die Lehre vom Retentionsrecht (1837) S. 68 f. Puchta Pand. §. 80. 94. n. b. jetzt auch Wächter Wirt. Priv.-R. II. §. 61.

6) l. 3 C. de pignor. (8. 14). Wächter a. a. O. S. 405. 406.

7) Im entgegengesetzten Falle liegt unerlaubte Selbsthülfe vor. Puchta Pand. §. 214 a. E. Weiß S. 553.

8) l. 29. §. 1 D. ad leg. Aqu. (9. 2). Wächter a. a. O. S. 407 n. 10. vgl. auch die Bem. von Klein zu Quistorp §. 188. 189.

9) Auch hier wird von Vielen nicht genau unterschieden, s. z. B. Wächter Lb. II. §. 146. n. 49 vgl. mit dess. Wirt. Priv.-R. II. S. 406 f. Henke Hdb. III. 292.

10) s. z. B. l. 3 §. 9. l. 17 D. de vi (43. 16.) l. 6. l. 18. §. 3. l. 25. §. 2. l. 46. D. de a. v. a. poss. (41. 2). l. C. unde vi (8. 4). l. 10. §. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8). Wirt. Gb. Art. 102. nr. 2. Hess. §. 46 nr. 3. Bad. §. 93 vgl. unten §. 28 ff.

11) l. 29. §. 3. l. 49. §. 1 D. ad leg. Aqu. (9. 2). l. 3. §. 7 D. de incend. (47. 9). j. l. 7. §. 4 D. quod vi aut clam, (43. 24). l. 14. pr. D. de praescr. verb. (19. 5). Die Kategorie, worunter Wächter Lb. I. §. 55. 56 diese Fälle stellt, paßt nicht; s. auch n. 13 und Luden Abh. II. 511. 512 Note, wo gleichfalls willkührliche Gesichtspunkte aufgestellt werden. vgl. Heffter §. 40. Abegg §. 108.

12) Diesen wesentlichen Punkt übersieht Marezoll S. 84. 85 und verwirrt sich dadurch die Lehre von der Eigenthumsnothwehr, wie noch einige Andere.

räumte Befugniß, fremde Bäume und Gesträuche, wodurch ein Recht beeinträchtigt wird, abzuschneiden oder zu beschneiden [1]); cc) die deutschrechtlichen Pfändungen [2]), soweit sie noch geltendes Recht sind [3]).

2) Gesetzlich gebotene Handlungen. Hierher gehören: a) die Fälle, wo die betreffende Handlung in einer Dienstpflicht ihre Rechtfertigung findet [4]). Hiebei kommt Alles auf das betreffende konkrete Dienstgesetz an, das natürlich den Handelnden für Excesse nicht deckt (besonders wichtig, wo es sich bei Militärpersonen, Zoll-, Forst-, Jagdoffizianten ꝛc. um das Recht zum Waffengebrauch handelt [5]). b) Der Fall des gesetzlich vollkommen verbindlichen Befehls [6]). Das gemeine Recht nahm an, daß auch außer dem militärischen Subordinationsverhältnisse [7]) vollkommen verbindliche Befehle mit der Wirkung der Straflosigkeit für den Gehorchenden vorkommen können, namentlich im Verhältniß der väterlichen Gewalt und der Dienstherrschaft [8]), jedoch nur bei geringeren Vergehen [9]). Die neueren Gesetzgebungen beschränken nun aber jedenfalls ganz entschieden den vollkommen verbindlichen Befehl allein auf das Verhältniß des öffentlichen Dienstes, wenn sie auch allerdings außerdem den Befehl als Strafmilderungs- oder Minderungsgrund gelten lassen [10]). Was aber jenes Verhältniß betrifft, so machen sie mit Recht allerlei beschränkende Bedingungen [11]). In dieser Frage stehen sich zwei extreme Ansichten gegenüber, — einerseits die des Code pénal (art. 327), wie sie meistens ausgelegt zu werden pflegt [12]), wornach der

---

1) l. 1. §. 2. 7 D. de arbor. caed. (43. 27). Puchta Pand. §. 399.

2) s. Wilda in der Zeitschr. f. D. R. I. 167—320. Gerber Deutsch. Priv.-R. §. 69—71.

3) vgl. z. B. Wächter Wirt. Priv.-R. II. S. 408—410. Gerber a. a. O. S. 147 n. 7.

4) P.G.O. Art. 150 §. 1. Der von Luden Hdb. I. 323. 324 für die Straflosigkeit angef. subjektive Grund ist verkehrt herbeigezogen. s. auch Thüring. Gb. Art. 66, 2. Bedenklich ist es übrigens, wenn hinsichtlich der Festnehmung von Verbrechern hier und im Bad. Gb. §. 95. 96. jeder Staatsbürger den obrigkeitlichen Personen in Bez. auf das Recht, Widerstand zu bewältigen, gleichgestellt wird.

5) vgl. z. B. preuß. Gesetze vom 28. Juni 1834, 20. u. 31. März 1837, Oestreichische bei Hye S. 206—213, für Wirtemberg s. die bei Hufnagel I. 447—453 angef. gesetzlichen Bestimmungen.

6) l. 169 pr. D. de R. J. (50. 17). l. 37 pr. D. ad l. Aqu. (9. 2).

7) Caus. 23. qu. 5. c. 13.

8) l. 11 §. 4 D. de his qui not. (3, 2). l. 4 D. de R. J. (50. 17). Auch hier ist es durchaus falsch, auf die Aufhebung der Zurechenbarkeit zu rekurriren, wie Heffter §. 57 n. 5 und Wächter I. §. 60 z. 68 thun. Davon kann nur die Rede werden, wenn der Befehl mit Drohungen verbunden wird. Allein das gehört nicht hierher.

9) l. 20 D. de O. et A. (44. 7). l. 17 §. 7 D. de injur. (47. 10). l. 157 pr. D. de R. J. (50. 17). l. 8 pr. C. ad l. Jul. de vi (9. 12). l. 2 C. de sep. viol. (9. 19); nach den beiden letzten Stellen wirkt der Befehl des Herrn selbst für die Sklaven nur als Strafmilderungsgrund; s. auch Csa. 11. qu. 3. c. 93. 101, die wesentlich ebenso entscheiden, wie das röm. Recht. Viel weiter ging das germanische Recht s. Stellen bei Wilda 632—634.

10) Anm. z. bair. Gb. I. 305—307. Wirt. Gb. Art. 110. Hannövr. Art. 85 z. 94. Hess. Art. 80. 85. 121. nr. 3. Bad. §. 152. s. übrig. Bair. Strafger. I. 56 f.

11) Ungenügend sind hierüber Häberlin IV. 363 und Mittermaier n. 4 z. F. §. 91. Berner Theilnahme am Verbr. S. 281.

12) F. Hélie théorie VI. 63. Carnot Comm. II. p. 82. Sellyer traité I. p. 241—250. vgl. Rossi traité II. p. 136. s. aber auch art. 114. 190 sq. Hélie II. p. 271 sq.

Empfänger des Befehls stets dessen materielle Gesetzmäßigkeit und die Zuständigkeit der Behörde zu seiner Erlassung zu prüfen hat; — andrerseits die Theorie des blinden Gehorsams, wie sie in Deutschland in Beziehung auf das Militär von Seiten der Machthaber aufgestellt zu werden pflegt. Beide Extreme sind eben als solche falsch [1]). Das Richtige wäre, hier nach den Zweigen des öffentlichen Dienstes zu unterscheiden, da offenbar z. B. im Militärwesen eine strengere Hierarchie geboten ist, als im Polizeifach, in diesem wieder eine strengere, als in der Justizverwaltung u. s. f. [2]). Hievon sehen nun zwar die neueren Gesetzgebungen ab, bemühen sich dagegen, insofern einen Mittelweg zu gehen, als sie annehmen, daß in allen Zweigen der Staatsverwaltung ein gewisses Maß [3]) von blindem Gehorsam zu fordern sei, zugleich aber wieder mehrere Beschränkungen machen. Die erste und allgemeinste ist, daß der Befehl kein gemeines Verbrechen (rein oder mit einem Dienstvergehen gemischt) [4]) ansinnen dürfe; das Vergehen muß im Kreise der reinen Dienstvergehen bleiben. Ferner muß die befehlende Behörde formell kompetent, und der Befehl in der vorgeschriebenen Form [5]) erlassen sein. Ueber beiderlei Fragen hat demnach der Subalterne ein Prüfungsrecht. Weiterhin aber unterscheiden sich die neuen Gesetzbücher, indem das hannöverische nur von Dienstverbrechen Seitens des Befehlenden [6]) spricht, die übrigen aber sich allgemein ausdrücken. Es werden jedoch diese in demselben Sinne auszulegen sein [7]), da die Pflicht des Gehorsams nie so weit gehen kann, daß der Untergeordnete rechtlich schuldig sein könnte, seine eigene Dienstpflicht zu verletzen. Dies vorausgesetzt, ist endlich noch ein fernerer Unterschied der, daß das hannöv. und hess. Gesetzbuch betreffenden Falls [8]) den Subalternen ohne Weiteres unverantwortlich machen, das Wirtemb. und

---

1) Dies scheint auch Mittermaier a. a. O. andeuten zu wollen, wenn er theils das Ansehen des Gesetzes, theils eine ehrenwerthe Stellung der Beamten gewahrt zu sehen wünscht; s. übrigens auch Breidenbach I. 1. S. 550, der die Theorie des blinden Gehorsams im Civilstaatsdienste vertheidigt, während er sogar beim Militär Ausnahmen zuläßt, resp. nach hess. Gesetzen zulassen muß.

2) A. M. ist Leonhardt I. 372.

3) vgl. z. B. das hess. Gb. Art 40, das keine Remonstration fordert (A. M. Breidenbach I. 550. Luden Hdb. I. 313. n. 9) mit dem braunschw. §. 251, das sie nur von einer bestimmten Klasse von Beamten verlangt, und dem Wirtemb. Art. 403, das allgemein auf die Verf.U. §. 53 verweist. Vgl. Anm. z. bair. Gb. I. 305. 306.

4) Ganz unklar hierüber ist Luden I. 312 n. 8. Gerade das Gegentheil ist wahr, und der Fall a. E. der Note nach den Grundsätzen vom fakt. Irrthum zu entscheiden. — Vgl. Hufnagel III. 79. Strafgb. m. Anm. S. 421. (Breym.) Braunschw. Gb. S. 325. Thüring. Gb. Art. 317.

5) s. das braunschw. §. 251 und hess. Gb. und für Wirt. Vf.U. §. 53. Das hann. Gb. Art. 85 spricht davon nicht (s. übr. Leonhardt I. 372), wie das bair. Art. 122. vgl. aber neust. Entw. Art. 70. Thüring. Gb. a. a. O.

6) Luden I. 312 n. 8. dehnt dies freilich ohne Weiteres auch auf die andern Gesetzbücher aus, was wenigstens nicht so unzweifelhaft ist, wie die allerdings ganz einfache Entscheidung, die er S. 314 n. 10 gibt, s. z. B. Gans Beleucht. des hann. Entw. I. 232 f.

7) Breidenbach I. 1. S. 548. 549.

8) d. h. wenn die kompetente Behörde in gesetzmäßiger Form eine in dem Dienstkreis des Subalternen liegende Handlung befohlen hat, die aber Seitens des Befehlenden ein Dienstvergehen enthält. Vgl. überhaupt noch Abegg Unters. S. 90 f. Ueber die Entwicklung im preuß. Recht, wo man sich für Weglassung früherer

Braunschweigische dagegen nur dann, wenn er gewisse gesetzlich vorgeschriebene Remonstrationen gemacht hat.

3) Fälle, in welchen vermöge gesetzlicher Anordnung dem Gegenstande der Handlung gerade diejenige Eigenschaft mangelt, unter deren Voraussetzung allein die Handlung den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. — a) Fälle, da gewisse Personen oder Klassen von Personen überhaupt gesetzlich als rechtlos zu betrachten sind. Eine absolute Rechtlosigkeit der Leibeigenen [1]) und der Fremden [2]) kannte auch das ältere germanische Recht nicht. Selbst Leibeigene erhielten allmählig ein Wergeld, und Verletzungen derselben mußten sogar mit Friedensgeld gebüßt werden. Aber allerdings hatten sie geringeres Wergeld und geringere Buße, als die Freigelassenen und Hörigen, die ihrerseits wieder den Freien nachstanden [3]). Dasselbe war denn auch mit den Fremden der Fall. Zwar wurde im fränkischen Reiche der Grundsatz herrschend und unter Karl d. Gr. allgemein ausgesprochen [4]), daß jeder deutsche Volksgenosse, wo er auch im Reiche sich aufhalte, Buße und Wergeld nach seinem Stammrechte erhalten solle. Gleichwohl findet sich eine Zurücksetzung der Nichtfranken noch im ripuarischen Volksrechte [5]) und allgemein war die Gleichsetzung der Nichtgermanen mit den Freigelassenen und Hörigen [6]). Noch mehr griff zwar allerdings die Kirche ein, indem sie die Fremden besonders dem Königsschutze empfahl und ihnen oft erhöhtes Wergeld erwirkte [7]). Allein, daß das Recht der Fremden in der Praxis immer etwas prekär geblieben sein muß, zeigt die Bezeichnung derselben durch „elende Leute," sowie die Verwandlung des königlichen Schutzes in ein fiskalisches Nutzungsrecht, das besonders bezüglich der Juden [8]) im Mittelalter und noch später in sehr unliebsamer Form auftrat. — Dagegen kannte das germanische Recht allerdings Gründe, aus welchen eine Person völlig rechtlos werden konnte. In der Friedlosigkeit [9]) nämlich lag eine völlige Vernichtung der Persönlichkeit, so daß an einem Friedlosen überall kein Unrecht begangen werden konnte. Eine bloße Rechtsschmälerung dagegen lag in der Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit

---

Bestimmungen entschied, s. Beseler S. 182. 183. Goltammer I. 375—377. 415. 416. Ueb. Oestr. s. Hye S. 197. 198. vrgl. 220 Note **.

1) Ueber die (freilich nur allmälige) Ausbildung eines Wergelds der Sklaven vgl. L. Sal. (ed. Waitz) 35, 2. 3. L. Bajuv. V. VIII, 23. Ed. Roth. c. 76—137. L. Fris. XV. L. Burg. V, 3. 4. Wilda 663—665. v. Fürth Ministerialen 8—20.

2) A. M. Rogge Gerichtsw. d. Germ. 54. Philipps D. Priv.-R. I. 295. s. dag. Wilda 672—684.

3) L. Angl. et Werin. IX. L. Fris. I. u. Epil. T. XXII. L. Rip. 9. 10. Wilda S. 670.

4) Capit. gen. a. 783. c. 4. (P. I. p. 46). vgl. Ed. Roth. c. 377.

5) L. Rip. 31, 1—4. vgl. Wilda 434. 435. 674 n. 1. Grimm R.A. 398. Ueber die nordischen Rechte s. Wilda 675—678.

6) L. Sal. 41, 6. L. Rip. 36, 3.

7) Cap. Pip. inc. anni. c. 4 (P. I. p. 31). Cap. Pip. Langob. a. 782. c. 10. (ib. p. 44). Xant. Gaurecht. c. 8. (Walt. II. p. 265). L. Bajuv. III, 14. Kraut Vormundschaft I. 70 ff.

8) Gengler Grundriß S. 532 ff.

9) Wilda 278 ff. Albrecht Gewere S. 39 ff.

und Echtlosigkeit [1]), d. h. eine Entziehung blos bestimmter Rechte, welche dann allerdings an der betreffenden Person nicht verletzt werden konnten. Mag auch bei Echtlosen, die es vermöge verächtlicher Lebensweise waren, die Wirkung der Verminderung der Rechtsfähigkeit in älterer Zeit nahe an die der Friedlosigkeit hingestreift haben [2]), so ist im Mittelalter doch bestimmt die blos ehrenschmälernde Wirkung der Recht= und Echtlosigkeit anerkannt [3]) und die Erwähnung des bloßen Scheinwergelds der Recht= und Echtlosen ausdrücklich von der Bemerkung begleitet, daß der Buße die Wedde des Gerichts folge und daß Verwundung, Beraubung, Tödtung, Nothzüchtigung u. s. w., an ihnen verübt, nach Friedensrecht zu richten sei [4]). Indessen setzte sich das Institut der Friedlosigkeit im Mittelalter in der Form der Acht fort [5]). Auch außerdem aber scheint man es in der Praxis mit Rechtsverletzungen gegen manche Klassen von übel angesehenen Personen, z. B. Juden, Zigeunern ꝛc. nicht eben streng genommen zu haben, wenn auch dieselben keineswegs gesetzlich für vogelfrei erklärt waren [6]). Alle derlei Barbareien hat jedoch der Fortschritt der Gesittung ausgetilgt [7]). Zwar behauptet noch Feuerbach, an einem vorzeitig zurückkehrenden Verwiesenen könne überhaupt kein Verbrechen [8]), an einem zum Tode Verurtheilten wenigstens nicht das der Tödtung [9]) begangen werden, — beides mit Unrecht, was jetzt allgemein eingesehen ist. Außerdem erwähnt Feuerbach hier die im Auslande be=

---

1) Wilda 304—306. n. 2. Marezoll d. bürgerl. Ehre. 1824. Budde üb. Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. 1842. Hillebrand über die gänzliche und theilw. Entziehung der bürgerl. Ehre ꝛc. 1844. Trummer Vorträge III. 123 f. Gerber D. Priv.R. §. 39. Kraut Grundr. §. 71.

2) vgl. L. Fris. V. Wilda 702. 703.

3) s. d. Citate bei Gerber §. 39. n. 6—15.

4) Sächs. LR. III. 45. §. 9—11. vgl. Wilda 703, dessen Erklärung nicht wohl zu billigen ist, arg. Schwäb. LR. c. 310 a. E., das nur Real= und Verbalinjurien gegen derlei Leute für straflos erklärt. vgl. Sächs. Weichb. 127.

5) Sächs. LR. I. 68. §. 5. II. 63. III. 63 §. 3. Gl. z. sächs. LR. I. 51 u. I. 38. Schwäb. LR. c. 252. Frid. I. Const. c. incend. a. 1187. (P. II. p. 184). Bamb. H.G.O. Art. 175. 241. Bodmann Rheingau. Alterth. S. 618. Zöpfl RG. II, 2. §. 132 n. 1. vgl. P.G.O. Art. 155.

6) Ueber die Zigeuner, welche Quistorp, Grolman, Wächter, Jarcke, Heffter ꝛc. hier aufführen, s. R.P.O. 1577 Tit. 28. R.A. 1544 §. 75. 1589 Tit. 22. Kreispatente b. Gerstlacher II. S. 78 f. und namentlich noch Preuß. Edikt v. 1725 bei Abegg Gesch. d. Strafgesetzgeb. d. Brandenb. preuß. Lande. S. 133. vgl. Malblank in Plitt Anal. p. 137 sq.

7) A. M. hins. der „Geächteten" ist noch Feuerbach §. 40, was Mittermaier übersehen und Morstadt irrthümlich in Schutz genommen hat, s. überhaupt Abegg Unters. 78 ff. 293 ff. 362 ff. vgl. noch Reuter Best. 1570 Art. 63, und Luden Abh. II. 469.

8) §. 40. hier giebt selbst Morstadt eine Uebereilung Feuerbachs zu.

9) §. 34. n. 1. Grolman §. 259. s. dagegen Csa. 23. qu. 5. c. 14. Wächter II. S. 121. Morstadt gegen Mittermaiers Tadel. Abegg im N. Arch. IX. 625 ff. Irrlichtelirend: Roßhirt Entw. 348 f. vgl. noch Rossi traité II. 9. 10. Geib im N. Arch. 1838. S. 579—583. Das bair. Gb. von 1813 kannte zwar die Strafe des bürgerlichen Todes (Art. 7—9); aber eine Vogelfreiheit war damit nicht ausgesprochen. Kleinschrod im N. Arch. II. 65—84. Wächter Lb. I. §. 100 n. 24. — Vgl. auch noch Thibaut Beitr. z. Krit. d. Feuerb. Theorie S. 31. 32.

gangenen rechtsverletzenden Handlungen, wovon unten. Als die allein noch praktische Frage bleibt somit nur die übrig: ob an feindlichen Soldaten (resp. Unterthanen des feindlichen Staates) ein Verbrechen begangen werden könne [1]). Es kann jedoch nach modernem Völkerrechte [2]) dem Nichtmitstreitenden nur ein (etwa nach den Umständen etwas erweitertes) Recht der Nothwehr, und ein Recht des Angriffs nur bei einem erklärten Vernichtungskriege eingeräumt werden (für den gewöhnlichen Kriminalrichter ist die Frage nicht sehr praktisch; er wird die feindlichen Kugeln mit Milderungsgründen zu beantworten wissen) [3]). — Giebt es hiermit nach neuerem Rechte keinen Grund, der für irgend eine Person während ihres Lebens unbedingte Rechtlosigkeit bewirken könnte, so möchte etwa die Frage aufgeworfen werden, ob eine solche durch den Tod entstehe? Diese Frage ist nun ebensowohl zu bejahen, als zu verneinen: ersteres, weil nur die Persönlichkeit die Grundlage der Rechtsfähigkeit ist, um die es sich hier allein handelt, diese aber mit dem Tode rechtlich unläugbar aufhört [4]); — letzteres aber deshalb, weil sowohl nach den Quellen des römischen und des älteren deutschen Rechts, als nach der neueren Gesetzgebung das materielle und das ideale Residuum der Person, ihr Leichnam und ihr Nachruf, keineswegs als vogelfrei der willkührlichen Behandlung ausgesetzt, sondern vielmehr Gegenstand von Verbrechen wird, die aber natürlich ihren wesentlichen Charakter in anderweitigen Verhältnissen begründet haben [5]). So bleiben denn nur noch die Mißgeburten [6]) und die Thiere übrig, von welchen nach gemeinem Recht allerdings die Rechtlosigkeit zu behaupten ist, wenn auch von letzteren nicht unbedingt [7]). Gleichwohl behaupteten schon früher mehrere Juristen (freilich ohne gesetzliches Fundament), daß Tödtung einer Mißgeburt ohne obrigkeitliche Erlaubniß strafbar sei [8]); und in der That ist dieser Satz auch

1) Aschenbrenner im A. Arch. IV. 1. S. 57 ff. Pinder an et quaten. cives ob caedem in hostes adm. puniri poss. 1814. V. d. Becke im N. Arch. I. 399 ff. Pratobevera Material. I. 274 f. Meister Urth. und Gutachten S. 307 ff. Tittmann Vortr. und Urth. nr. 1. 2. Hdb. I. S. 48.

2) Anders nach dem Völkerrechte der Alten §. 17. J. de Rer. div. (II. 1). l. 36 D. de religiosis (11. 7). l. 4 D. de sep. viol. (47. 12). vgl. Henke Hdb. I. 236. 237. Roßhirt Lb. §. 39. Jarcke I. 112. 113. van Nauta de del. adv. peregr. max. adv. milites host. Gron. 1825. Heffter §. 37 n. 2. Luden Abh. II. 469. 470. Mot. z. Wirtemb. Strafgesetzb. S. 206. Hufnagel II. 6.

3) Ebenso wird hinsichtlich der Frage, wie es zu halten sei, wenn durch feindliche Okkupation die Wirksamkeit des Strafgesetzes suspendirt erscheint, schwerlich auf die Lehrbücher des Strafrechts rekurrirt werden! —

4) Geläugnet wird es freilich von Abegg im N. Arch. 1844. S. 501. 502. Vgl. eb. IX. 625 f. XII. 620 f.

5) Mittermaier n. 5. z. F. §. 315. u. n. 4 zu §. 277. u. Abegg im N. Arch. 1844. S. 377 f. 461 f., bei welchen vorerst das positivrechtliche Material nachzusehen ist. s. den bes. Theil (Sepulcri violatio u. Injurien). vgl. Marezoll Lb. S. 429. n. 1. Heffter §. 303. n. 8. Rein S. 203. 204.

6) l. 14. D. de statu hom. (1. 5). vgl. l. 38. D. de V. S. (50. 16). Damhouder prax. c. 84. n. 19. 27. 28.

7) Plin. hist. nat. VIII. 45. l. 1. 2. C. Th. de cursu publ. (8. 5). Gothofr. ad C. Theod. (ed. Ritter) II. p. 523 sq. Rein S. 204. Abegg im N. Arch. XII. 620—639. XIV. 93. f. 1851. S. 102 f. vgl. Henke Hdb. I. 201.

8) Quistorp I. §. 217. Stübel Thatbestand §. 97. Henke II. 13. Werner Hdb. §. 468 u. A. vgl. jetzt Mittermaier n. 1. z. F. §. 207.

in Landesgesetzgebungen übergegangen [1]). Ebenso haben neuere Gesetzgebungen angefangen, wenigstens boshafte und muthwillige Thierquälerei mit Strafe zu bedrohen [2]). — b) Fälle, da einer Person nur bestimmte Rechte auf gesetzlichem Wege abgesprochen sind. Da das neuere Recht keine unbedingte Ehrlosigkeit mehr kennt, mithin eine Injurie im Allgemeinen auch gegen einen Infamen möglich ist [3]), so gehören hierher eben nur noch die bestimmten einzelnen Rechte, deren Entziehung in der Ehrenschmälerung, wie sie das heutige Recht kennt, enthalten ist. In Beziehung auf diese ist allerdings eine strafbare Verletzung nicht möglich [4]) (falls nicht etwa in der Form der betreffenden Aeußerung oder Handlung ein Exceß liegt, der die Einrede der Wahrheit ausschließt).

2. Das Recht als Sache des gesellschaftlichen Bedürfnisses und Wohls.

§. 16.

In der Nothwendigkeit der allgemeinen Verbindlichkeit des Gesetzes (im w. S., d. h. als positiven Rechts) liegt nun aber die Forderung, daß es auch wirklich für das Bewußtsein derer, die es verbinden soll, die Form der Allgemeinheit habe, d. h. daß es ausdrücklich allgemein bekannt gemacht sei. Zwar wird nicht erst hiedurch die allgemeine Verbindlichkeit begründet; aber es ist ein Unrecht des Staats, wenn er auf einem gewissen Standpunkte der Bildung diese Forderung zu befriedigen versäumt [5]). N. Rev. S. 654. 655.

Der gründlich durchgefochtene Streit über Kodifikation [6]) ist im Gebiete des Strafrechts auf dem Wege des Bedürfnisses [7]) zur Entscheidung gebracht worden, — leider nicht mehr zum Heile der Einheit des deutschen Rechts.

---

1) s. Preuß. Allg. LR. II. 20. §. 716—718. Braunschw. Gb. §. 150. (vgl. Hufnagel II. 6.) Nach neuem preuß. Recht sind sogar lebendige Mißgeburten („die nicht Mondkälber sind") den wohlgebildeten Geburten rechtlich gleichgestellt. Beseler S. 348. vgl. Hélie V. p. 158.

2) Sächs. Gb. Art 310. vgl. Weiß S. 809. Wirt. Poliz. Strafgb. Art. 55. Preuß. Gb. §. 340. nr. 10. Sächs. VO. 31. Juli 1839. Art. 5.

3) Die Möglichkeit gänzlicher Ehrlosigkeit nehmen nach gem. Recht noch Mehrere an, z. B. Feuerbach §. 277. (j. §. 71. u. 151). Martin §. 42. n. 10. §. 163 n. 4. Tittmann §. 385. n. 9. §. 398. theilweise auch Grolman §. 222. (j. §. 158). Henke II. 245, nur scheinbar auch Wächter II. 82 n. 79. s. dens. Wirtemb. Strafarten S. 188. Bauer §. 208. n. a. S. nun aber Abegg Unters. S. 61. ff. N. Arch. 1844. S. 478—482. Heffter §. 37. n. 3. §. 363 n. 7. Mittermaier n. 2. u. Morstadt n. 4. z. F. §. 277 u. (z. Theil irrig) Roßhirt Entw. S. 352.

4) vgl. Gerber D. Priv. R. §. 40. Häberlin III. 351. Hufnagel II. 178. 179. Beseler S. 103 ff. 323 ff.

5) Hegel §. 215 .Henke Hdb. I. §. 81. A. M. Temme Glossen z. preuss. Strafgb. S. 12 u. sonst., s. dag. Hye S. 3. 4.

6) Der Grund, aus dem die Feuerbachische und ähnliche Theorieen (s. noch Bauer Abh. I. 140 ff.) Bekanntmachung des Strafgesetzes forderten, ist jetzt von den Meisten aufgegeben.

7) Vgl. bes. Breidenbach I. 1. S. 1—145. Beseler S. 15—17. Daß hiebei auch auf dem gegebenen partikularrechtlichen Standpunkt nicht alle Schäden geheilt und manche neue Mißstände erst geschaffen worden sind, ist weder zu verwundern,

§. 17.

Indem das Recht als Gesetz im w. S. Dasein hat, so hat es auch für das allgemeine Bewußtsein unter den räumlichen und zeitlichen Bedingungen seiner Existenz Dasein. Das Verbrechen als Verletzung des so bestimmten Rechts nimmt daher zugleich Beziehungen auf das allgemeine Wissen und Wollen der Gesellschaft an, für welche das Gesetz gilt. Es erscheint nicht mehr bloß als Verletzung einer einzelnen Berechtigung, sondern als die Verletzung aller ähnlichen Berechtigungen. Hiemit erhält es den Charakter der Gefährlichkeit für die Gesellschaft; es stellt sich als ein nicht bloß isolirter, sondern weitere Gefahren (von Seiten des Thäters und von Seiten der Uebrigen, die ein böses Beispiel daran nehmen können) drohender Akt dar, der über seine Besonderheit hinaus eine allgemeine Wirkung haben kann [1]. N. Rev. S. 677—683.

§. 18.

Eben vermöge seiner Beziehung auf den allgemeinen gesellschaftlichen Zustand erweitert sich aber der Begriff des Verbrechens über sich selbst hinaus zu dem Begriff der nicht das Recht als Recht verletzenden, dagegen das Wohl der Gesellschaft und mittelbar den Rechtszustand selbst gefährdenden — gefährlichen Handlung im e. S., deren nothwendige Abwehr eine neben der Rechtspflege bestehende eigenthümliche allgemeine Thätigkeit, die Sicherungspolizei voraussetzt. Die Nothwendigkeit der gedachten Thätigkeit liegt in der Absolutheit des Rechts als der unverbrüchlichen Norm des gesellschaftlichen Lebens, welche durch die Rechtspflege nicht vollkommen gesichert wird, noch gesichert werden kann. Da diese nämlich für den Eintritt ihrer Thätigkeit stets eine bereits in's Dasein getretene konkrete Verletzung des Rechts voraussetzt, so läßt sie eben darum die Existenz des die erlaubten Zwecke des einzelnen und des Gemeinwohls mitumfassenden rechtlichen Zustandes überhaupt in der Zufälligkeit beharren, welche ihm schlechthin unangemessen ist. Die Folge hievon ist, daß neben der Rechtspflege eine andere allgemeine Thätigkeit bestehen muß, deren Aufgabe darin besteht, dem Unrecht vorzubeugen und eben zu diesem Behuf auch an sich nicht rechtsverletzende, aber gefährliche Handlungen unter Strafandrohung zu verbieten. Solche Handlungen können entweder in einer an und für sich schon zum

---

noch im Vergleich zu dem früheren Zustande zu beklagen. Die fatalsten derselben hängen aber eben nur mit der gegebenen, wie es scheint, unheilbaren inneren Krankheit der deutschen Rechtszustände zusammen.

1) Hegel §. 218. Einseitig aufgefaßt und oberflächlich durchgeführt ist dieses Moment von Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 111 ff. Vgl. dagegen Wächter N. Arch. X. 662 ff.

Verbrechen sich neigenden Gesinnung ihren Ursprung haben, oder können sie an sich nicht unrechtliche Akte sein, die jedoch durch den Konflikt mit irgend einer zum Zweck des gemeinen Wohls bestehenden Anstalt dem Rechte Gefahr drohen. Immer haben sie den Charakter, die reale Möglichkeit der Verletzung eines Rechts in sich zu schließen. Die hiernach ihrem Begriffe anklebende Unbestimmtheit erzeugt die doppelte Forderung: 1) daß gesetzlich genau bestimmt werde, was als eine solche gefährliche und darum verbotene Handlung gelten soll, 2) daß nur solche Handlungen hiezu gestempelt werden, welche ihrer Natur und der Regel nach aus subjektiven oder objektiven Gründen als Vermittlungen von Rechtsverletzungen betrachtet werden können. N. Rev. S. 692—703.

1) Die in der N. Rev. gegen Mohl [1]) erhobenen Einwendungen sind nicht widerlegt worden. Daß in der Rechtspolizei und in der Rechtspflege ein verschiedener Charakter der Thätigkeit herrsche, ist zugegeben, und die ganze Replik — unter Einräumung der verschiedenen Beziehungen und Zwecke — eben nur wieder auf die Gleichheit des Objekts in beiden Sphären gebaut. Wenn dabei noch bemerkt ist, daß die Rechtspflege ihrem Begriffe nach auch die Präventivjustiz in sich schließe, weil das Recht nur dann vollständig „gepflegt" sei, wenn es auch für die Zukunft gesichert stehe, so kann dies kaum ernstlich gemeint sein, da aus demselben Grunde auch die Sorge für den Unterricht, ja noch unendlich viel mehr, namentlich fast Alles, was Mohl selbst zur Polizei rechnet, der Rechtspflege vindizirt werden müßte [2]). Gegen die Einwendung der abstrakten Gleichheit des Objekts aber bleiben die früheren, aus dem Prinzip genommenen Einwürfe in voller Kraft bestehen, um so mehr als sie durch das Zugeständniß des nothwendig verschiedenen Charakters beider Thätigkeitssphären durchaus bestätigt werden [3]). Es kommt jedoch noch hinzu, daß Mohls Hauptsatz: die Gleichheit des Objekts, sich nicht halten läßt, da die unendlich bedeutendere Zahl der Verbote, zu welchen sich die vorbeugende Rechtspolizei entschließen muß [4]), keineswegs gegen solche Störungen gerichtet ist, „welche aus dem widerrechtlichen Willen des Menschen entspringen", worin nach Mohl der spezifische Gegenstand der Präventivjustiz bestehen soll [5]), sondern gegen an sich harmlose, nur durch den Konflikt mit gewissen Anstalten für das allgemeine Wohl rechtsgefährlich werdende Handlungen [6]).

---

1) v. Mohl Präventivjustiz. 2. Aufl. 1845. f. bes. S. 18. 19. n. 2.

2) Das giebt er im Wesen selbst zu a. a. O. S. 22—26, und ohne zu bemerken, daß seine scharfe Kritik ihn selbst trifft.

3) s. auch Lotz üb. d. Begriff d. Polizei. S. 13—19, und im N. Arch. III. 588. 589. 592—600. Vgl. N. Rev. §. 152—155. 156. 171.

4) Allerdings schließt Mohl die Strafverbote und Strafvollziehungen ausdrücklich von der Sphäre der Präventivjustiz aus, die er nur auf die Aufgabe beschränkt, Rechtsstörungen physisch unmöglich zu machen. Nur ist gerade hier die Konsequenz zu vermissen, z. B. S. 450, wo eine Menge von Strafverboten der Präventivjustiz zugelegt werden. Vgl. mit der gegen Lotz gemachten Bem. S. 46. n. 1.

5) s. freilich auch Wirth Ethik. II. 260. 261. Dag. N. Rev. S. 703.

6) z. B. Waffentragen, auf der Straße rauchen, Betteln ꝛc. Hier läugnet nun freilich Mohl die Beziehung auf den Rechtszustand, aber im Widerspruch mit seinem

2) Eine ganz andere Frage ist die, ob es sich nicht rechtfertige, einen Theil der in die Sphäre der Rechtspolizei fallenden Thätigkeiten, insbesondere die Untersuchung und Bestrafung der als gefährlich verbotenen Handlungen den Gerichten zu übertragen? [1]) Diese Frage wurde schon in der N. Rev. bejaht.

3) Was nun aber die Hauptfrage nach der Existenz und Natur eigenthümlicher Polizeivergehen und folgeweise eines spezifischen Polizeistrafrechts betrifft, so kreuzen sich freilich auf diesem von den Schriftstellern über Polizei selbst meist als trostlosem Labirinth anerkannten Gebiete noch immer sehr verschiedene Ansichten, die indessen von unserem Standpunkte aus folgende Uebersicht zulassen. a) Eine in Deutschland ausgestorbene [2]), dagegen in romanischen Ländern noch immer nachtreibende Schule ließ die Strafrechtspflege selbst in dem Begriff der Sicherungspolizei aufgehen, sofern sie den Strafzwang überhaupt auf den Grundsatz der Sicherung zu begründen suchte. Nach dieser Grundansicht muß natürlich eine Polizeistrafgerechtigkeit anerkannt werden, aber ihr Unterschied von der peinlichen kann nur ein quantitativer sein [3]). Dies zeigt sich in der Prinziplosigkeit der Scheidung beider Gebiete [4]), wie auf's Deutlichste aus der auf jener Grundlage geschriebenen scharfsinnigen Abh. von Stübel über die gefährlichen Handlungen hervorgeht [5]). b) Gerade umgekehrt behaupten Andere, daß neben der Kriminalrechtspflege von einer besonderen Polizeistrafrechtspflege nicht die Rede sein könne; der eine aus staatsrechtlichen Gründen, weil dadurch alle bürgerliche Freiheit vernichtet werde [6]), andere deßhalb, weil sie die Polizei ihrem Begriffe nach vor allem und jedem Eingreifen in Strafgesetzgebung und Strafjustiz ausschließen und lediglich auf das Vorbeugen mittelst physischer Gewalt eingrenzen zu müssen glauben [7]). c) Dagegen ist die in allen Kreisen weit am meisten ver-

---

eigenen, überall zu Grunde gelegten Begriffe des Rechtsstaats. s. bes. S. 28. Z. 9. ff. u. Polizeiwiss. I. 16.

1) N. Rev. S. 696. 697. 701. 703. Mohl Polizeiwiss. I. 41—44. Aus andern, nicht zu billigenden Gründen kommen auf dasselbe Resultat Lotz im N. Arch. IV. 485 ff. Cucumus eb. VII. 253—258 und (modifizirt) Heffter eb. 1843. S. 113—134. A. M. Roßhirt eb. XII. 309. od. Kuhn das Polizeistrafrecht S. 14—16. Luden Hdb. I. 188. n. 5. s. übrigens auch Mittermaier d. Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung I. 221—245 u. N. Arch. 1848. S. 189—191. Henke Hdb. I. §. 34. 58. vgl. Hess. Ed. 5. Juni 1832 u. Ges. 24. Aug. 1848. Preuß. Ges. 17. Juli 1847. §. 111.

2) vgl. Grolman §. 14. Klein Grundsätze S. 37 ff. Stübel Krim. Verfahren I. S. 15 ff. v. Sonnenfels Grundsätze d. Poliz. §. 352 ff. Hippel üb. Verbr. u. Strafen S. 5. Trummer in den krim. Beitr. III. 2. S. 111 ff.

3) s. Stübel a. a. O. I. §. 29—31.

4) s. bes. Cucumus über die Eintheilung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen rc. 1823. Ders. im N. Arch. VII. 120—140. 230—281. Hier ist zwar ein qualitativer Unterschied postulirt. S. 135 ff. s. aber S. 134 und zum Beweise, wie der „qualitative" Unterschied aufgefaßt ist, S. 124. 125. u. eb. X. S. 58—60. 66. n. 17. S. 211.

5) im N. Arch. VIII. 236—323. Stübel unterscheidet sich denn auch von seinen Nachbetern sehr vortheilhaft gerade dadurch, daß er dies offen heraussagt. s. bes. S. 249—254. 257. 266—275. 286. 307. 309.

6) Henke Hdb. I. §. 34. vgl. Feuerbach §. 22. n. 2. Cucumus im N. Arch. VII. 242—258. Roßhirt eb. XII. 293. Mittermaier im N. Arch. 1848. S. 183 ff. u. A.

7) s. bes. Lotz im N. Arch. IV. 485 ff. Heffter eb. 1843. S. 113—134. Jarcke I. 101. Hierher gehört auch Mohl, soweit von der von ihm sog. Präventiv-

breitete Ansicht die, daß allerdings Verbrechen und bloße Polizeivergehen unterschieden werden müssen, weil letztere, wenn sie sich auch immerhin letzlich doch wieder auf einen kriminalrechtlichen Gesichtspunkt (Ungehorsam) zurückführen lassen [1], gleichwohl eine von Grund aus verschiedene Natur haben, welche nicht allein bestimmte Einrichtungen der Gerichtsorganisation [2], sondern auch eine mannigfach verschiedene materielle Behandlung (namentlich z. B. in Beziehung auf Zurechnung zu dolus oder culpa, Versuch, Rechtsirrthum ꝛc.) [3]) bedingt. Allein die schwierige [4]) Frage ist nun eben die über die Grenze zwischen dem eigentlichen Kriminal- und dem bloßen Polizeistrafrecht. Auf dem Standpunkt der durch Kant begründeten Rechtsanschauung mußte die Rechtsidee als Produkt der gegenseitigen Selbstbeschränkung [5]) der freien Einzelwillen nothwendig in ein Aggregat von subjektiven Berechtigungen auseinanderfallen, und von einem Rechte konnte man nicht reden, ohne ein Subjekt als dessen Substrat zu denken, daher denn auch Staat, Kirche und Anderes, dem man die Eigenschaft des Berechtigtseins nicht absprechen konnte, zu moralischen Personen erhoben wurde. Gleichwohl blieb neben dieser Fiktion im positiven Rechte noch manches Verbrechen übrig, dessen Objekt sich unter jenen engen Rechtsbegriff nicht klassifiziren ließ. Hier aber bot sich nun als Aushilfe der vag aufgefaßte Gesichtspunkt der Polizei dar [6]). Gegen diese Beschränkung des Verbrechensbegriffs konnte eine Opposition nicht ausbleiben [7]), die nur freilich großentheils den wahren Nerv der Sache nicht traf [8]). Mit Recht fand man nämlich zunächst vom Standpunkt des gemeinen deutschen Rechts aus ein Aergerniß daran, daß die Rechtsphilosophen der Kantischen Schule Verbrechen, wie Incest, Sodomie, Ehebruch, Bigamie ꝛc. mit unerlaubtem Waffentragen, Tabakrauchen u. dgl. auf Eine Linie zu stellen schienen. Nur war es ein Uebelstand, daß man sich hiebei nicht selten im kriminalistischen Hochgefühl zu sehr übernahm [9]). Abgesehen hievon und von

---

justiz die Rede ist, wogegen er in Beziehung auf die von ihm sog. Interessestörungen mit dem hier Ausgeführten übereinstimmt. vgl. auch Morstadt n. 1. z. F. §. 22.

1) Richtig angegeben bei Jarcke I. S. 101. Unbegründete Einwürfe gegen Feuerbach s. bei Birnbaum im N. Arch. 1834. S. 166—169. Luden Hdb. I. S. 204. n. 2.

2) Diese Ansicht bleibt dieselbe, mag man nun, wie es in Deutschland herkömmlich war, die Polizeivergehen den Polizeistellen zuweisen, oder nach französischem Muster auf die Einrichtung besonderer Polizeigerichte denken.

3) Daß damit nicht Alles, was Kuhn Polizeistrafr. S. 66 ff. aus dem Füllhorn seiner Abenteuerlichkeiten ausschüttet, anerkannt werden soll, braucht kaum bemerkt zu werden. Das Nähere s. bei den betr. Lehren.

4) N. Rev. S. 28. n. 1.

5) Diese Konsequenz wurde freilich vollständig erst von Fichte gezogen.

6) s. Feuerbach §. 22. 432 ff. Grolman §. 27. 365 ff. Cella über Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen. Abschn. 1. §. 9. v. Globig u. Huster. Vier Zugaben nr. 2. S. 45. Kleinschrod System. Entw. I. §. 5—7. Stübel im N. Arch. VIII. 269—271. Grandauer in v. Zurheins Beitr. II. 1. 93 ff.

7) Thibaut Beitr. zur Kritik der Feuerb. Theorie S. 25 ff. Mittermaier Grundfehler ꝛc. S. 30 f. Trummer in den krim. Beitr. III. 2. S. 131 ff. Rossi traité II. p. 8 9 (Birnbaum meint, daß dieser mit Feuerb. übereinstimme). Jarcke a. a. O. Abegg Lb. §. 101. Ders. Unters. S. 60 f. u. im N. Arch. IX. 625 ff. XII. 620 ff. 1834. S. 579 ff. 1844. S. 501. 502.

8) Birnbaum im N. Arch. 1834. S. 149—194. Mittermaier eb. 1848. S. 181 ff.

9) s. bes. Roßhirt im N. Arch. XII. S. 293. 294. 296. 299—301. 304.

dem theoretisch und praktisch nichtssagenden Auskunftsmittel, Verbrechen und Polizeiübertretungen nur formell nach den erkennenden Behörden oder zu erkennenden Strafen zu unterscheiden [1]), war es zunächst ganz in der Ordnung, wenn solche, welche von der philosophischen Betrachtung kein Heil erwarten mochten, sich einfach auf den Standpunkt des positiven Rechts zurückzogen und entweder auf Grundlage des römischen [2]) oder auf Grundlage des gemeinen deutschen Rechts seit dem 16 Jh. [3]) zwischen Rechts- und Polizeiverbrechen unterschieden, ohne sich weiter um den Begriff des Polizeivergehens und des Polizeistrafrechts im modernen Sinne zu bekümmern. Begreiflich wurde damit nichts gewonnen, als eine genauere Einsicht in die Prinziplosigkeit der Entwicklung des gem. deutschen Strafrechts seit 300 Jahren [4]). Um so wichtiger war es, daß Andere sich durch die neuen gesetzgeberischen Versuche in diesem Gebiete zum Nachdenken über die Sache selbst anregen ließen. Ein Fortschritt dieser Art lag in der freilich ausweichenden Auskunft von Birnbaum [5]) dem Begriff der Rechtsverletzung einen andern zu substituiren. Dagegen wurde die Sache am rechten Flecke angegriffen durch v. Droste-Hülshoff [6]), sofern dieser darauf drang, daß man nicht das Kind mit dem Bade ausschütten, d. h. nicht den Begriff der Rechtsverletzung wegwerfen dürfe, sondern ihn vielmehr nur aus der Beschränkung, worein ihn die Kantische Schule gebracht hatte, frei machen und auf eine Menge der bisher theils in philosophischem, theils in positiv rechtlichem Sinne sog. Polizeiverbrechen ausdehnen müsse. Eben diesen Gedanken haben denn Heffter, Jarcke und Abegg — nur in übertriebener Weise — ausgeführt, indem letztere geradezu wieder die Grenze zwischen Recht und Moral aufheben [7]), alle drei aber die eigenthümliche Polizeistrafgerechtigkeit im Strafrecht überhaupt sich absorbiren lassen [8]). Während nun aber bei diesen die spezifische Idee des Polizeivergehens und des darauf bezüglichen Polizeistrafrechts nicht zu ihrem Rechte kommt, und während der Skeptizismus bei Mittermaier [9]) zur Verzweiflung an der Möglichkeit der Auffindung irgend eines

---

305. 307 (wo die Polizeistrafgesetze neben den Kriminalgesetzen als Bastarde bezeichnet werden). vgl. aber auch Denk. Gesch. und S. III. S. 160—187, wo die Phantasie wieder andere Sprünge macht.

1) s. bes. Wächter Lb. I. §. 94. 107. Luden Hdb. I. 189—193. Birnbaum a. a. O. S. 162.

2) Roßhirt im N. Arch. XII. 290—317.

3) Wächter I. §. 62. II. §. 231 ff. Birnbaum a. a. O. S. 161 ff. läßt diesen Standpunkt auch nicht aus; besonders aber hat sich denselben Roßhirt Gesch. III. 160 f. nachträglich gerecht gemacht.

4) s. die treffende Ausführung von Lotz im N. Arch. III. 569 ff. vgl. Mittermaier Fortbildung I. 230. Stübel System des peinl. R. I. §. 16 f. Feuerbach §. 22. n. 2. Grolman §. 365. Martin §. 21. Oersted Grundreg. S. 103 f. 211 f.

5) N. Arch. 1834. S. 149—194. u. 1837. S. 495—498. (vgl. N. Rev. S. 26. 27.) Dieser Versuch lehnt sich an romanische Rechtsanschauungen (Rossi, Carmigniani etc.).

6) N. Arch. IX. 600—624. A. M. Birnbaum eb. 1834. S. 154. Mittermaier Fortbildung I. 231. s. bes. n. 50 (!).

7) Abegg Lb. §. 512 ff. Jarcke II. §. 1. ff. s. dagegen die sehr richtige Bemerkung bei Birnbaum im N. Arch. 1836. S. 562.

8) Jarcke II. §. 22—24. III. §. 50. Abegg §. 406—418. Heffter §. 465—484.

9) Fortbildung I. 230—245.

durchgreifenden Unterscheidungsprinzips führt [1]), so hat auch die alte Feuerbachische Unterscheidung in der neueren Zeit ihre Wiederholung gefunden. Die von Luden aufgestellte Eintheilung der Verbrechen in Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen kann nämlich als eine kaum mehr als nominelle Abweichung von der Feuerbachischen Ansicht gelten [2]), sofern er nur einen Theil der Feuerbachischen Polizeiverbrechen unter andere Titel bringt [3]), wenn er auch allerdings dem Feuerbachischen Grund für die Strafbarkeit dieser Delikte einen verwaschenen Formalismus unterschiebt. Wenn nun aber hier die Ansicht der Kantischen Zeit fast in ursprünglicher Reinheit wiederkehrt, so ist es ein Anderes bei Kuhn, der gegen Feuerbachs Ansichten nicht Bombast genug aufzutreiben weiß, dabei aber gar nicht zu bedenken scheint, daß er selbst noch viel tiefer in der Kantischen Klemme steckt [4]).

4) Was das positive Recht betrifft, so ist es zunächst völlig überflüssig, hier auf die Bestimmungen des römischen Rechtes zurückzugreifen [5]), da von der Uebertragung von Konsequenzen der antiken Rechts- und Staatsanschauung auf die moderne nicht die Rede sein kann. Allein auch der Unterschied zwischen Polizei- und Kriminalstrafrecht, wie er sich in Deutschland seit dem Ende des Mittelalters theils in der Reichs-, theils in der Landesgesetzgebung (bes. in den Landesordnungen und Stadtrechten) ausbildete [6]), gewährt geringen praktischen Ertrag für unsre Zeit, welche bei allen Streitigkeiten, die noch über den Begriff der Polizei und namentlich des Polizeistrafrechts herrschen mögen [7]), jedenfalls wenigstens in

---

1) vgl. übrigens auch noch Gönner in s. Archiv I. 1. nr. 3. Behr Welchen Hauptanforderungen muß ein Strafgb. genügen? 1813. Beidtel Unters. über einige Grundlagen d. Strafgb. S. 59 f. Schwarze im N. Arch. 1843. Beil.H. S. 4—7. Mayer Grundz. des poliz. Strafr. 1845. u. bes. die im Wesentlichen mit dem hier Vorgetragenen übereinstimmenden Ausführungen von Schmitthenner in Bülaus N. Jahrb. für Gesch. u. Pol. 1846. S. 46—61. u. Hye Komm. S. 51 f., bes. S. 58. Anm.

2) Luden Abh. II. 166—184 (Mittermaier nennt dies freilich eine Kritik der Ansichten von Feuerbach u. Grolman). vgl. Hdb. I. 189—193. 203—206. 212—224. s. aber auch S. 198. n. 11 (!). Als ganz unwichtig schiebt die ganze Frage bei Seite Marezoll S. 131.

3) Dabei ist es denn merkwürdig, daß die Delikte gegen „die kirchliche Ordnung" (Ehebruch, Meineid ꝛc.) doch noch zu einer Art Bastardverwandtschaft mit den Verbrechen im e. S. kommen, während Luden die Fälle der negativen Beihilfe zum Verbrechen und die Amtsverbrechen lediglich als Gesetzes- (d. h. Polizeiverbrechen) zu charakterisiren weiß.

4) Polizeistrafrecht. s. z. B. S. 28. 29. Er warnt, „nicht einem trügerischen, die entschiedensten Gegensätze in sich vereinigenden Kriminalrecht nachzutrachten, das mehr oder minder am polizeistrafrechtlichen Firmamente die Sonne zu vernichten droht, aber mit allen ihm nachgebildeten stolzen Kriminalrechtssystemen gleich den Giganten, die auf ihrem Gebiete Berge auf Berge thürmten, um den Himmel zu stürmen und die Sonne auszulöschen, unfehlbar in der Finsterniß des eigenen Gewölkes sich verflüchtigen muß," — und ermahnt, „die strafrechtlichen Antipodenpunkte nicht vom kriminellen Zenith, sondern vom sittlichen Nadir aus zu betrachten".

5) Wie Roßhirt im N. Arch. XII. 290 ff. s. dagegen Heffter eb. 1843. S. 125, Mittermaier Fortbildung I. 232, u. Roßhirt selbst Gesch. und System III. 160—163. 178—181.

6) Diesen sucht Roßhirt Gesch. III. 160—187 wissenschaftlich zu fixiren.

7) Hierauf legt Luden Hdb. I. 213. n. 2. Gewicht, hilft sich aber mit der einfachen Aufwärmung der Vorstellungen des 16ten Jahrhdrts, die er nur theilweise anders kostumirt; vgl. übrigens Lotz im N. Arch. III. 584—586. n. 12. Zachariä Deutsch. Staatsrecht §. 158 ff. Mohl Polizeiwiss. I. 61—68.

der Einsicht über die Nothwendigkeit der Trennung der besondern Staatsgewalten und ihr organisches Verhältniß über jenen Standpunkt des 16. Jahrh. weit hinaus ist [1]. Abgesehen von ihrer inneren Haltlosigkeit, die am schlagendsten daraus hervorgeht, daß theilweise dieselben Delikte in Halsgerichts- und in Polizeiordnungen vorkommen [2] und hie und da der Begriff einer Polizeiordnung weit genug gefaßt wird, um das gesammte Strafrecht zu absorbiren [3], hatte jene begrifflose Scheidung auch ihre äußeren Gründe, namentlich die mit der gemäß dem Feudalsysteme vor sich gehenden blos quantitativen Vertheilung der Staatsgewalt zusammenhängende Scheidung der hohen und niederen Gerichtsbarkeit [4], und die später den gleichen Erfolg hervorbringende Eifersucht zwischen Landeshoheit und Reichsgewalt [5]. Die Lehre, die man aus der Einsicht in das Chaotische dieses früheren Rechts zunächst entnehmen konnte, war die, daß der Unterschied beider Strafgerechtigkeiten in keinem Falle blos quantitativ, sondern zum Mindesten vorzugsweise qualitativ bestimmt werden müsse [6]. Ueber diesen Eklektizismus, dessen Korrektion nur in der gänzlichen Verwerfung aller blos quantitativen Scheidung bestehen kann, sind nun aber die Gesetzgebungen bis auf den heutigen Tag noch nicht hinausgekommen; vielmehr unterscheiden sie sich nur dadurch, daß sie bald das eine, bald das andere Moment vorherrschen lassen. Das preuß. A.LR. begnügte sich sogar mit einer rein quantitativen Scheidung (14 Tage Gefängniß oder Strafarbeit, 5 Thlr. Geldbuße) ohne alle Rücksicht auf den Charakter der Uebertretung [7]. Die östreich. Gesetzgebung von 1803 dagegen suchte [8] den Schwerpunkt in einer bloß prozessualischen Beziehung, wobei unter den Polizeiübertretungen Diebstähle und Betrügereien, Ehebruch, Kuppelei, Incest ꝛc. erscheinen, andererseits wirkliche Verbrechen an die Polizei verwiesen sind, falls sie blos kulpos, oder von Unmündigen, zufällig Trunkenen ꝛc. begangen seien [9]. Den relativ gelungensten Scheidungsversuch machte die französische Gesetzgebung [10]. Zwar bestimmte sie den Unterschied zwischen Verbrechen und Ver-

---

1) s. bes. Lotz im N. Arch. III. 569 ff. Heffter eb. 1843. S. 113 ff.

2) z. B. Gotteslästerung in der PGO. Art. 106 u. in den RPOen 1530 §. 1, 1548 und 1577, Tit. 1. §. 2; — Ehebruch PGO. Art. 120 u. RPO. 1577. Tit. 26. §. 2.

3) RA. 1551 §. 70. vgl. Luden Hdb. I. 191. n. 11, bes. aber Lotz a. a. O. S. 574—587.

4) Roßhirt Gesch. ꝛc. III. 165. Mittermaier Strafverfahren I. §. 4.

5) Lotz a. a. O. S. 578. 579.

6) s. bes. Mohl im N. Arch. 1840. Beil.H. S. 13. Polizeiwiss. I. 47. 48. vgl. Mittermaier Fortbildung I. 240—243. Wirth Ethik II. 282. 283.

7) Theil II. Tit. 17. §. 10—16. 61. 62. Tit. 20. §. 7. 8. 1122—24. vgl. Stengel Neue Beitr. z. preuß. Just.Verf. XVII. 306. Richter Hdb. d. preuß. Strafverf. I. 13. Lotz im N. Arch. III. 558—565. IV. 503—509. Zu dieser unreifen Auffassung kehrte auch die v. Kamptz'sche Revis. wieder zurück. Beseler S. 568.

8) Einl. §. I—V. Thl. II. §. 3. 4. 28—31. vgl. überh. Jenull I. 91—112. Hye S. 20. 30. 50—71.

9) Einl. §. II. III. Thl. II. §. 34—36. vergl. Lotz im N. Arch. IV. 497—503. u. über den dem östr. GB. nachgebildeten Bair. Entw. v. 1822 Cucumus eb. VII. 232—281. Oersted Krit. d. Entw.

10) Code pénal art. 6—9. 464. sq. vgl. Code d'instr. crimin. art. 138. 145—154. Hélie théorie VIII. 269 sq. Lotz im N. Arch. IV. 492—497. Cucumus eb. VII. 230—232. Mittermaier n. 4. z. F. §. 22. Ueber Nachbildungen in Holland und Italien s. Dens. Fortbildung I. 222. vgl. Dens. N. Arch. 1848. S. 204—208. Royer in d. encyclop. du droit VI. p. 458 sq. vgl.

gehen einerseits und Polizeiübertretungen andererseits zunächst auch nur nach der Strafgröße. Aber nicht allein fügte sie dazu noch ein anderes, sehr wichtiges Moment, die Abstufung der Gerichtsverfassung, sondern sie zeigte auch darin einen richtigen Takt, daß sie — mit sehr wenigen Ausnahmen [1]) — den Kreis der Polizeiübertretungen von allen wirklichen Rechtsverletzungen (die in höheren Graden als Vergehen oder Verbrechen erscheinen) freihielt. Gerade in diesen beiden Beziehungen fiel die Nachahmung im bair. Strafgb. von 1813 nicht glücklich aus [2]). Denn theils wurde den an sich richtig definirten Polizeiübertretungen eine Reihe von geringeren Rechtsverletzungen an die Seite gesetzt [3]), theils wurden diese Fälle insgesammt den Polizeibehörden zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen, dabei aber nicht einmal die dahin gehörigen Fälle offiziell gesammelt [4]), noch auch eine Instruktion über das Strafverfahren der Polizeibehörden gegeben. Dieselben Mängel finden sich denn auch mehr oder minder in allen bis zum Jahr 1848 erschienenen Straf- und Polizeistrafgesetzbüchern [5]). Gleichwohl ist in einer wesentlichen Beziehung ein entschiedener Fortschritt bemerkbar. Bewußt oder unbewußt, hat sich nämlich die neuere Gesetzgebung unter dem Einfluß des Umschwungs der Philosophie dazu verstanden, dem Begriff der Rechtsverletzung (gegenüber der bloßen Rechtsgefährdung) eine viel weitere Ausdehnung zu geben [6]) und dadurch — wenn auch noch keineswegs immer im rechten Sinne — das Gebiet der Polizeivergehen in seiner herkömmlichen chaotischen Gestalt zu beschränken. Um so gewisser aber begehen alle fraglichen Gesetzgebungen noch den Fehler, den Begriff der Polizeivergehen durch Zumengung geringfügiger Rechtsverletzungen (Injurien, Eigenthumsbeschädigungen, Entwendungen, Unterschlagungen, Betrügereien, Körperverletzungen ꝛc.) zu verfälschen. Dafür werden denn in der Regel plausible Gründe von mancherlei Art angeführt, z. B. daß die Gerichte nicht noch mehr belästigt werden können [7]), oder daß es bequemer sei, nach bloß quantitativer Rücksicht zu trennen [8]), oder daß überhaupt erst eine Umwandlung in der Gerichts- und Verwaltungsorganisation vor sich gehen müsse, ehe eine feste

Medikus über die den Bürgermeistern in der Pfalz zustehende Befugniß, Strafges. zu erlassen. 1846.

1) z. B. Art. 471. nr. 11. 479. nr. 1. s. übr. auch Poirel Projets de code d'organisation judiciaire 1851.

2) Art. 2. 3. vgl. Anmerk. I. 68—80. vgl. Lotz a. a. O. S. 509—513. s. auch Ges. 4. Sept. 1818.

3) s. Ges. 22. Febr. 1814. 25. März 1816. Art. V.

4) s. eine Sammlung der Polizeiverfüg. bei Döllinger Report. der Staatsverw. in Baiern.

5) vgl. Polizeistraf-Gb. f. Luzern vom 30. März 1836. Polizeistraf-Ord. f. Baselstadt vom 18. Mai 1837. Weimar. Ges. v. 9. April 1839. Wirtemb. Polizeistraf-Gb. v. 2. Okt. 1839. Vgl. Mohl im N. Arch. 1840. Beil. heft. Hannövr. Str.-Gesetzb. Art. 143. 151. 243. 284. 289. 311. Polizeistraf. Gb. v. 1847. Braunschw. Straf.-Gb. §. 110. 116. 131. 134. 160. 174. 194. 198. 199. 211. 216. 222. 226. vgl. d. Mot. bei Breym. S. 144. 145. Hess. Straf. Gb. Art. 313. 359. vgl. Einführ. Gesetz Art. 23—34. Pol. str. Gb. von 1847 (bald wieder aufgehoben). Bad. StrafGb. §. 477 ꝛc. vgl. mit Ges. über d. Ger. Verfahren von 1845. Art. 70. s. jedoch das Einführ. Gesetz von 1851. Art. 12 ff.

6) Namentlich im Gebiet der sog. Fleischesverbrechen, des Meineids, der Gotteslästerung ꝛc. s. den bes. Theil.

7) s. Mohl im N. Arch. a. a. O. S. 12—16.

8) Dies behaupten wieder die neuesten bairischen Motive.

Grenze zwischen den fraglichen Gebieten gezogen werden könne [1]). Alle derlei Gründe haben jedoch praktisch nur ephemeren Sinn, d. h. sie sind einfache Konsequenzen der Kleinstaaterei und ihrer Geldnoth. Eben hierauf beruht aber im Wesentlichen auch der andere Mangel, daß die polizeistrafrechtliche Kodifikation eine im höchsten Grade lückenhafte [2]) und daher meist nur den Strafgesetzbüchern ebenso selbst- als begriffslos angehängte und zu unzähligen Inkonvenienzen [3]) führende war. —

Seit 1848 dagegen ist in zwei größeren Staaten ein Fortschritt theils gemacht, theils angebahnt, den man auch in den übrigen nicht auf die Dauer ignoriren kann. Uebrigens ist dieser Fortschritt, soweit er in dem preuß. Gesetzb. gefunden werden kann [4]), noch immer nicht mehr als eine Nachahmung des Code pénal. Der Angelpunkt der Unterscheidung ist der quantitative (Strafgröße und Zuständigkeitsverhältniß, letzteres in dem prägnanten Sinne des französischen Rechts); der qualitative Unterschied wird als Nebensache behandelt, und zwar mit minder feinem Takte, als im französischen Recht [5]); endlich ist der betreffende Theil des Gesetzbuchs weit entfernt, ein umfassender Polizeistrafkodex zu sein, hat aber doch wenigstens den Vorzug, daß für die Polizeiübertretungen in einigen Hauptpunkten [6]) die Vorschriften des für Verbrechen bestimmten allgemeinen Theils modifizirt werden [7]). Dagegen hatte sich der bair. Entw. 1831 ganz streng an den qualitativen Unterschied gehalten. Denselben Grundsatz hat auch der neueste Entwurf vorwiegend berücksichtigt [8]), wenn auch nicht als unbedingt bindende Richtschnur beibehalten, weil es unpraktisch wäre, ganz geringfügige Rechtsverletzungen in Beziehung auf Gattung und Folgen der Strafe, wie auf die Form des Verfahrens den Vergehen gleichzustellen, überdies ein Hauptmotiv des Entw. von 1831 hinweggefallen sei, sofern jetzt auch die Polizeiübertretungen zur Untersuchung und Aburtheilung den Gerichten zugewiesen seien [9]). — Beson-

1) Dieser Einwurf ist der ehrlichste von allen, den man denn auch nicht kann widerlegen wollen.

2) Mohl a. a. O. S. 18—28. s. übr. Schumm Wirt. Polizeistrafrecht. Noch schlimmer steht es freilich da aus, wo nicht einmal so viel geschehen ist, als in Wirtemberg.

3) Mohl a. a. O. S. 28 ff.

4) §. 1 und 332 ff. vgl. Einführ.-Ges. Art. 13. 14.

5) Beseler S. 59—61 vertheidigt diese Behandlung ohne Grund. Die S. 61 erwähnte Verlegenheit ist keine, da kulpose Vergehen als solche nicht zu den Polizeiübertretungen gehören. vgl. aber S. 568—570. Wentzel Ergänzung des preuß. Straf.-Gb. S. 8. Temme Glossen S. 322.

6) §. 336—339. vgl. Beseler S. 576—578.

7) Die Eintheilung nach neuem östr. Recht in 1) Verbrechen, 2) Vergehen und Uebertretungen, die das Strafgesetzb. enthält, 3) geringere Uebertretungen, die letzteres nicht enthält, bezieht sich nur auf die Kompetenz und das Verfahren. Unter nr. 2 sind die kulposen Verbrechen, die Verbrechen der Unmündigen, und alle geringeren dolosen Verbrechen neben einer Reihe bloßer Polizeiübertretungen enthalten. Es sind jedoch auch mehrere der unter 3) gedachten (rein polizeilichen) Uebertretungen an die Bezirksgerichte verwiesen. Strafpr.Ordn. 1853. §. 9. Hye S. 20. 30. 21. 50—71.

8) s. die Motive in der Einl. A. M. ist der vorläufige Bericht des Abg. Weis (in absprechender und unwissenschaftlicher Manier). s. dag. auch die Motive von 1827. S. 10. 441, und von 1831. S. 9. Mittermaier Fortbildung I. 238—243.

9) Den letzteren Grund kann man gelten lassen, nicht aber den ersteren, und zwar um so weniger, da die Motive selbst für die Nothwendigkeit der Abfassung eines beson-

dere Beachtung verdient noch die freilich von Theoretikern und Gesetzgebungsfaktoren sehr verschieden beantwortete Frage [1]), ob die Abfassung eines allgemeinen materiell umfassenden Polizeistrafgesetzbuchs bevorwortet werden müsse, oder nicht? Die zutreffendste Beantwortung dieser Frage ist wohl die, welche von einem solchen Gesetzbuche Vollständigkeit in Beziehung auf die leitenden Grundsätze fordert, daneben aber die Zuweisung der speziellen Anwendungen größtentheils an die zur Regelung der einzelnen Materien bestimmten Gesetze zuläßt. Daß endlich die Gesetzgebung — vollends in einem größeren Staate — hier nicht Alles allein besorgen kann, sondern Vieles der statutarischen Feststellung durch Anordnung der Behörden innerhalb einer ihnen zu diesem Behuf gesetzlich verliehenen Kompetenz überlassen muß [2]), liegt in der Natur der Sache.

§. 19.

Beide Forderungen, die Gesetze über Verbrechen überhaupt bekannt zu machen (§. 16), und die als gefährlich zu verbietenden Handlungen insbesondere gesetzlich festzustellen (§. 18), setzen eine Macht voraus, welche berechtigt und verpflichtet ist, den allgemeinen Willen in der ihm angemessenen Form der Allgemeinheit auszusprechen. Beide Forderungen sind aber Ausflüsse der allgemeinen doppelten Forderung, daß das Recht überall als das Wohl der Einzelnen verwirklicht und daß das Wohl der Einzelnen als Rechtsangelegenheit behandelt werde, und hiernach der weiteren Forderung einer höheren allgemeinen, eben diese Wechselwirkung organisch realisirenden Thätigkeit. Da nun in der Vermittlung von Recht und Wohl nichts Anderes sich darstellt, als die im Begriff des Rechts liegende Vermittlung des allgemeinen mit dem Einzelwillen in dem Kreise des äußeren Daseins (die als das eigene Interesse der Individuen verwirklichte Herrschaft des sittlich Nothwendigen in dieser Sphäre, §. 1), so liegt in der Realisation jener Wechselwirkung die organische Verwirklichung der Rechtsidee selbst in ihrer Totalität.

§. 20.

Die allgemeine Macht, welche hiezu den Beruf hat, ist diejenige, welche, den allgemeinen Willen (gleichsam die allgemeine Persönlich-

---

dern Polizeistrafgesetzbuchs namentlich auch darauf sich berufen, daß der wesentliche innere Unterschied bloßer Rechtsgefährdungen von wahren Rechtsverletzungen es nothwendig mache, manche allgemeinen Grundsätze über Versuch, Theilnahme rc. für die Uebertretungen (also auch für kleine Diebstähle?) in mehrfacher Beziehung anders, als für die Verbrechen und Vergehen festzustellen.

1) Dafür s. die preußischen Bestrebungen bei Beseler S. 568. 569 und den neuesten Bair. Entw. Mohl im N. Arch. 1840. Beil.H. S. 18—28. Dagegen die bei letzterem angeführten Bedenken der Wirt. Regierung, und die Wiederaufnahme dieser von Mohl widerlegten Bedenken durch den (bair.) Refer. Weis.

2) Bedenken darüber s. bei Mohl a. a. O. S. 54—56. vgl. dag. Beseler S. 570. 571. Preuß. Gb. §. 332 und Gef. über die Polizeiverw. vom 11. März 1850 bei Wentzel Ergänzung S. 74—78. vgl. Beseler S. 571—573. Medikus a. a. O. Champagny traité de la police municip. 1844. Hélie VIII. 340 sq.

keit) in sich verkörpernd, den Individuen als ein aus sich seiendes, das gesammte Gebiet der objektiven Existenz des sittlich Nothwendigen umspannendes Ganzes gegenüber tritt, — der Staat. N. Rev. §. 185.

3. Der Staat.

§. 21.

Als dieser Ausdruck der sittlichen Idee im Gebiete des äußeren gesellschaftlichen, räumlich und zeitlich bedingten Daseins hat der Staat 1) den besonderen Volksgeist zu seinem Organe [1]). Der allgemeine Wille in dieser Sphäre ist daher Ausfluß der Volksüberzeugung, und das positive Recht erscheint als Ausdruck des Volkswillens, der einer unter die Kategorieen von Raum und Zeit fallenden Entwicklung unterliegt. Somit ist auch das positive Strafrecht als Recht eines bestimmten Staats wesentlich durch die Nationalität bestimmt und steht unter den allgemeinen Gesetzen der Endlichkeit. — 2) Indem nun aber der Staat den Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität darstellt, so umfaßt und trägt er nothwendig alle einzelnen Rechtssubjekte und relativen sittlichen Organismen, soweit sie überhaupt den Boden des äußeren Daseins betreten und deshalb den Typus des Rechts annehmen (Persönlichkeit, Familie, Kirche ꝛc. §. 1) als das höhere und fundamentale Ganze. Jedes Verbrechen gegen eine solche besondere sittliche Potenz erscheint daher, da das Verbrechen stets ein prinzipieller Angriff auf das Recht ist (§. 6), als ein Angriff auf das Grundprinzip des Staats selbst, und eben deshalb ist nicht der Träger des verletzten besondern Rechts, sondern der Staat, als das Organ der angegriffenen Substanz der Rechtsidee, die zur Reaktion gegen das Verbrechen ebenso schlechthin berechtigte wie verpflichtete Macht [2]). Indem jedoch der Staat alle sittlichen Kreise, sofern sie den Boden des äußeren Daseins betreten, in sich aufnimmt, so muß er gegen diejenigen derselben, welche ihr Prinzip außerhalb der objektiven Sittlichkeit haben und nur relativ den Rechtstypus annehmen (Familie, Kirche, Schule) die Grenze der beiderseitigen Berechtigung genau einhalten. — 3) Je schärfer er aber diese Grenze einhält, um so unbedingter erscheint er innerhalb seines eigenthümlichen Gebiets als die zur Gesetzgebung und Rechtspflege gegen Verbrechen und gefährliche Handlungen ausschließlich berechtigte sittliche Macht.

---

1) vgl. v. Savigny System I. S. 13 ff.

2) N. Rev. §. 186. 195. Wendepunkt S. 19—21. zum Theil A. M. ist Schröter Hdb. I. S. 59, 60. s. jed. dens. §. 16.

Die Ansicht, daß das Strafrecht in das Gebiet des Privatrechts gehöre [1]), ist eine längst überwundene [2]).

A) Die Beziehung des Verbrechens auf die Strafgesetze eines bestimmten Staates.

§. 22.

Vermöge seiner nothwendig gesetzten Beziehung auf das positive Recht eines bestimmten Staates verfällt der Begriff des Verbrechens dem allgemeinen Gesetze der Endlichkeit, und zwar a) dem Gesetze des Raums, wodurch sich die Lehre vom Umfang der Wirksamkeit der Strafgesetze bestimmt, b) der Kategorie der Zeit, woraus sich die Bestimmungen über die Dauer ihrer Wirksamkeit ergeben; c) schließt sich die Strafgesetzgebung eines bestimmten Staats zu einem besonderen, aus sich selbst zu erklärenden und zu ergänzenden Ganzen ab, woraus die Regeln über die Auslegung und die Anwendung der Strafgesetze fließen.

a) Umfang der Strafgesetze.

§. 23.

Aus der nothwendigen Individualisirung des Rechts nach der Territorialität folgt, daß der Staat für sein Gebiet kein anderes Gesetz als geltend anerkennen kann, als das seinige, das eben seine individuelle Bestimmtheit ausmacht. Aus demselben Grunde folgt aber auch, daß er andere Staaten in derselben ausschließlichen Individualität anerkennen muß. Auch steht diese nothwendige Individualität des Rechts der Idee eines Weltbürgerrechts nicht entgegen, da es damit ganz wohl vereinbar ist, den Angehörigen fremder Staaten im Inlande denselben Rechtsschutz im Gebiete des bürgerlichen Rechts zu gewähren, wie den Bürgern des eigenen Staats, ja sogar dieselben in manchen Hinsichten nach den Gesetzen ihrer Heimath rechtlich zu behandeln. Denn die Idee des Weltbürgerrechts hat eben nur Sinn im Kreise des Privatrechts, da in ihr nur dies liegt, daß der Mensch, wo er auch seine Heimath habe, in jedem Staate allgemeinen Rechtsschutz, d. h. Anerkennung als freie Persönlichkeit finden müsse, nicht aber auch daß die spezifischen Staatsfunktionen und die besonderen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze des konkreten Staats sich in

---

1) Kleinschrod III. §. 130. Weber über das Studium der Rechtswiss. S. 54 f. Falck Encyklop. 4. Ausg. S. 57 f. s. aber auch noch Roßhirt Gesch. und Syst. III. S. 311. Daß durch Konventionen von Privaten kein Strafrecht entstehen könne, sagen schon l. 7 §. 16. l. 38. D. de pactis (2. 14.)

2) Aschenbrenner im A. Arch. IV. 1. S. 89—105. Feuerbach §. 1 und Morstadt n. 5 hiezu. Wirth Ethik. II. 281. v. Savigny Syst. I. S. 26. 27. Heffter §. 7. 12. 18. Abegg §. 7.

ihrer Anwendung auf Auswärtige ändern müßten. Diese stehen vielmehr schlechthin unter dem Prinzip der Territorialität — in dem doppelten Sinn, daß sie in dem betreffenden Gebiete ausschließliche, und daß sie über dasselbe hinaus keine Geltung haben. Zu denselben gehört nun aber wesentlich die Verwaltung der Strafgerechtigkeit, die sich hiemit auf das konkrete Staatsgebiet zu beschränken und in andern Staaten das gleiche Recht zu achten hat. Die Forderung des völkerrechtlichen Friedens wird dadurch gewahrt, daß ein Staat dem andern diejenigen Personen, welche auf dem Gebiete des letzteren gefrevelt haben, ausliefert oder, falls es seine eigenen Bürger sind, deren Bestrafung im Namen des berechtigten Staats übernimmt. Letzteres (die Nichtauslieferung der Angehörigen) rechtfertigt sich nämlich dadurch, daß der Staat zu seinen Bürgern in einem ursprünglicheren Verhältnisse steht, als der auswärtige. Dabei muß aber stets das im konkreten Fall mildere Gesetz zur Anwendung kommen, — das auswärtige deshalb, weil nur dieses das übertretene ist, das einheimische deshalb, weil der Staat durch die Anwendung eines härteren Gesetzes, als welches er selbst für gerecht hält, sein eigenes Rechtsbewußtsein verläugnen würde. N. Rev. 736—750. [1])

1) Den einzigen festen Punkt in dieser Lehre bildet das Prinzip der Terri-

---

1) s. G. L. Böhmer de delictis extra territor. adm. 1748. B. J. Mohl de jurib. ac obligat. spec. germ. rer.publicarum inter se in exercenda jurisd. crim. obviis. 1787. Rudolph de poena delictorum extra territ. adm. 1790. Wiesand de reo secundum leges loci, ubi del., non semper puniendo. 1791. Stübel utrum et quatenus fori nostri usus in pun. subditorum temp. delictis etc. 1793. Buschleb C. de princ. j. civ. circa comprehensionem rc. peregrinorum rc. 1800. — Egger in v. Zeillers jährl. Beitr. 1809. IV. nr. III. Tittmann d. Strafrechtspfl. in völkerr. Hinsicht. 1817. Abegg üb. d. Bestrafung d. im Ausland beg. Verbr. 1819. Escher vier Abhandl. S. 123 ff. Homan de del. peregrinor. Gron. 1823. Wens de del. a civib. extra civit. suam adm. 1824. van Nauta de del. adv. peregrinos. 1825. Rolin de jurisd. judiciorum nostr. in extran. 1827. Puraye quaten. v. in regno v. extra regnum delinquentes nostris legib. ten. 1826. Siegenbeck quid jure crim. praec. sit de pun. factis extra terr. adm. 1827. Cosman de del. extra civit. fin. adm. 1829. Reinhard Abh. üb. Crim. u. Civ.R. 1830. S. 1 ff. v. Asch van Wyk de del. extra territ. adm. 1839. — Kleinschrod syst. Entw. II. §. 122—124. Stübel Grunds. z. d. Vorles. üb. d. allg. Th. d. Crim.rechts §. 134 ff. Klein Grunds. d. peinl. R. §. 52. 53. u. Rechtsspr. d. Hall. Jur.Fak. I. S. 6 ff. Grolman Grunds. §. 107. 166. Feuerbach Lb. §. 31—40. Krit. d. Kleinschr. Entw. II. S. 4 ff. Martin Lb. §. 26. Henke Hdb. I. §. 90. Wächter Lb. I. §. 35. Roßhirt Lb. §. 39. 97. 98. Jarcke I. §. 49. Heffter §. 25—27. Marezoll §. 23. Schmid Staatsr. §. 87 ff. v. Martens Völkerr. §. 100 ff. Klüber VR. I. §. 63 ff. Pölitz Völk.R. §. 37 ff. Heffter VR. §. 36. Oppenheim Völkerr. S. 384—387. Fölix droit international p. 534 sq. Kamptz Jahrb. XLVII. S. 19 ff. Wirth Ethik II. 356—358. Krug in d. krim. JB. f. Sachs. I. H. 3. S. 259 f. Jurist. Ztg f. Hannov. II. H. 1. S. 179 f. Berner Wirkungskreis d. Strafges. S. 80 ff. Zachariä N. Arch. 1852. S. 35 ff. R. v. Mohl Revis. d. Lehre vom Asyl. 1853. Meine Abh. in d. krit. Zeitschr. f. ausl. Ges.geb. XXII. 47—91.

toritalität, in der Staatspraxis wie in der Doktrin [1]). Kaum minder allgemein steht aber in der Praxis aller zivilisirten Völker der Grundsatz der Nichtauslieferung der Unterthanen fest [2]). Die einfache Verbindung beider Grundsätze giebt der § an. — Das Prinzip der Territorialität erleidet nur zwei, gleichfalls allgemein anerkannte, theils im Staats-, theils im Völkerrechte begründete Ausnahmen: hinsichtlich des Regenten [3]) und hinsichtlich derjenigen Personen, welche das Privilegium der Exterritorialität genießen [4]). Außerdem sind noch Zweifel hinsichtlich solcher Verbrechen erhoben worden, welche vom Inlande aus gegen einen Ausländer begangen werden, jedoch mit Unrecht [5]). Weder hier noch bei Verbrechen, die vom Inlande aus gegen einen auswärtigen Staat verübt werden, ist das Strafrecht des diesseitigen Staats zu bezweifeln; es ist aber in beiden Fällen nicht auf Gründe des politischen Interesses [6]), sondern lediglich auf den Grund des verletzten diesseitigen Gesetzes zu stützen. Darin liegt aber natürlich von selbst die Verpflichtung des diesseitigen Staats [7]), Verbrechen gegen fremde Staaten [8])

---

1) s. Wächter Lb. I. §. 35. n. 84. 86. Feuerbach §. 31. Heffter §. 25. 26., bes. Abegg a. a. O. S. 25—29, obwohl damit die in dieser Abh. zu Hilfe genommene philosophische Grundlage (S. 10 f.) nicht gebilligt werden soll. vgl. die hess. Motive v. 1824 b. Breidenbach I. 1. S. 229. die sächs. bei Weiß S. 45. v. Mohl S. 15. 16.

2) Gutjahr de exhibitione delinquentium. 1795. 97. Provò-Kluit de deditione profugorum. 1829. Fölix droit intern. p. 578 sq. Heffter Völk.R. §. 63. Martens droit des gens §. 101. Vatel I. §. 233. II. §. 77. Berner a. a. O. S. 184.

3) Belmont de jure puniendi principem. Meister de jure quod in del. person. illustr. pun. obtinet. Kant metaph. Anf.gründe §. 49. Tittmann Hdb. I. §. 30. Feuerbach §. 29. Klüber Bundes-R. §. 190. Henke Hdb. I. 199. 200. Mohl Verantwortlichkeit der Minister S. 8 ff. Schmid Staatsr. §. 57. (A. M. Trummer krim. Beitr. III. 2. 144. 145.) Berner a. a. O. S. 202 ff.

4) Bynckershoek de jud. compet. legati. 1721. Fölix p. 266 ff. Belmont l. c. Klüber VR. I. §. 49. 204 ff. v. Martens VR. §. 99. 215. 267. Heffter VR. §. 42. 214. Hélie Traité de l'instr. crim. II. p. 526—62. Mittermaier n. 1. u. Morstadt n. 1. z. F. §. 31. Martin Rechtsgutachten, I. 285 ff. Temme Glossen S. 51. Berner a. a. O. S. 206 ff. (s. hier weitere Literatur).

5) Tittmann Strafrechtspfl. in völkerr. Hins. S. 15. s. dag. Rec. im N. Arch. I. 681. Abegg a. a. O. S. 27—29. Ungenau ist Schröter I. §. 46.

6) so Tittmann a. a. O. Wirth Eth. II. 357, und von einem andern Standpunkte aus die hess. Motive v. 1824 b. Breidenbach I. 1. 230. Unbestimmt läßt die Frage Henke I. 604. d.

7) Ueber die Abweichungen des positiven Rechts und die nothgedrungenen Auskunftsmittel dagegen s. unten. Annähernd, aber schwankend Berner a. a. O. S. 86. 138. 139. 156 f. 188 f.

8) Die Berechtigung, Verbrechen gegen auswärtige Staaten in der Strafe niedriger zu setzen (Wirth a. a. O. S. 357) läßt sich wohl begründen; nur wird betr. Falls der Staat auch die sittliche Verpflichtung haben, seinen zeitlichen Unterthanen dem verletzten fremden Staate, dessen bleibender Unterthan jener ist, auszuliefern, besonders dann, wenn er nur in fraudem legis das diesseitige Gebiet gewählt hat, um das Verbrechen bequemer begehen zu können, — es müßte denn der bei Wirth S. 357 ob. geb. Fall vorliegen. A. M. ist, sehr inkonsequent, Henke I. 604, s. aber auch Heffter §. 26. n. 2 u. N. Arch. 1837. S. 330. Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 82—84. Hye S. 532 Note.

und ihre Unterthanen als solche anzuerkennen und infolge davon mit Strafe zu bedrohen [1]).

2) Nur selten jedoch wird das Territorialitätsprinzip von den Schriftstellern in voller Strenge festgehalten; und diejenigen, welche es thun, machen es sich entweder dadurch leicht, daß sie die Fälle des Konflikts, wie sie nun doch einmal der positive Rechtszustand (s. u.) unläugbar darbietet, nicht oder nur theilweise berühren [2]), oder machen sie einzelne Einräumungen, womit das Prinzip nicht zusammenbestehen kann [3]), während es doch gerade bei dieser Frage dringender als sonst geboten ist, die Forderungen, welche aus der Idee des Staats und des Verbrechens fließen, durchaus von denjenigen Maßnahmen zu sondern, welche wegen des unvollkommenen positiven Rechtszustandes etwa empfehlenswerth sein mögen. Hiemit ist jedoch das im Paragraphen hinsichtlich der Nichtauslieferung der Inländer Ausgeführte nicht zu verwechseln, da hiebei die Strenge des Prinzips durchaus gewahrt bleibt [4]). — Die meisten deutschen Schriftsteller nun aber stellen neben dem Territorialitätsprinzip und im offenbaren Widerspruche mit demselben [5]) das weitere auf: daß Inländer auch wegen ihrer im Auslande begangenen Verbrechen den inländischen Strafgesetzen unterworfen seien. Diese Ansicht theilt sich jedoch sogleich wieder in verschiedene Unterarten und stützt sich auf sehr verschiedene Gründe. Zunächst sind zwei Fälle zu unterscheiden: a) Das Verbrechen des Inländers im Auslande war gegen seinen heimischen Staat oder gegen einen im Auslande befindlichen Landsmann gerichtet. Für das Strafrecht des Inlands in diesem Falle wird als spezifischer Grund [6]) der angeführt, daß der einheimische Staat hier das Recht und die Pflicht habe, sich selbst und seinen im Auslande befindlichen Angehörigen zu schützen. Ueber den ersten Theil dieser Behauptung s. unter 3). Der andere aber taugt deshalb nichts, weil die Strafe (im Unterschiede von der aus dem Verbrechen entspringenden Schadensersatzpflicht) gar nicht als Genugthuung für den Verletzten zu betrachten ist [7]), weil ferner die behauptete, durch Errichtung von Gesandtschaften, Konsulaten rc. sich äußernde Schutzpflicht zwar allerdings vorhanden [8]), aber gerade im vorliegenden Fall

---

1) Hierin liegt der wahre Beitrag zu der „Weltrechtsordnung", nicht in der Durchbrechung des Territorialitätsprinzips, wie v. Mohl es nimmt.

2) so z. B. Schröter I. §. 46. Martin §. 26. 41. Scharfsinnig, aber irreführend ist die Begründung von Trefurt im N. Arch. 1838. S. 277. 278, bloß letzteres die von Trummer in den krim. Beitr. III. 2. 141—144.

3) so bes. Henke I. §. 90, s. auch Wens l. c. p. 24—33. 51—73, der jedoch auch im Punkt der Auslieferung nicht konsequent ist; in anderer Weise gilt dasselbe auch von Abegg §. 36.

4) Die gegentheilige, von Abegg gezogene Folgerung ist daher nicht nothwendig, wie Breidenbach I. 1. 252. n. 6 meint.

5) Wens l. c. p. 19 sq. Abegg S. 38. 49. n. 53. vgl. v. Schirach Krit. d. Entw. f. Schlesw.Holstein S. 61. Stelzer Krit. dess. Entw. S. 87; die Aeußerungen des Abg. v. Carlowitz N. Arch. 1838. S. 5—12.

6) s. schon Rudolph l. c. §. 10—12. Egger in Zeiller Vorber. z. östr. Ges.kunde III. 48. Feuerbach §. 31. n. 3 u. Morstadt n. 2 hiezu. Zwar beruft sich F. zugleich auf den ad b) anzuführenden Grund, aber mit offenbarem Unrecht. s. auch Wirth Eth. II. 356. Hélie traité II. 578 sq. Tittmann a. a. O. S. 18.

7) Wens l. c. p. 19—28. N. Rev. S. 739. 743.

8) Breidenbach I. 1. 252. Wirt. Mot. §. 4. s. dag. Hufnagel Strafgb. mit Anm. S. 485.

durch die aus dem Territorialprinzip fließende Schutzpflicht des auswärtigen Staats in den Hintergrund gerückt ist [1]), weil endlich diese Schutzpflicht des fremden Staats nicht einmal an sich, sondern nur insofern der Grund seines Strafrechts ist, als sie aus dem das öffentliche Recht überall beherrschenden Territorialprinzip fließt [2]). b) das Verbrechen des Inländers im Auslande ist gegen einen auswärtigen Staat oder den Angehörigen eines solchen gerichtet. Das Strafrecht des Inlands in diesem Fall wird natürlich von seinen Vertheidigern stets mit dem zu a) in Verbindung behauptet. Vereinzelt steht nun hier die Ansicht [3]), welche das fragliche Strafrecht auf die Präventionstheorie begründet. Eine eigenthümliche Ansicht ist ferner die [4]), welche zwar an sich in dem Fall b) kein Verbrechen gegen das Inland als vorliegend annimmt, gleichwohl aber nachgiebt, daß die Gesetzgebung derlei Verbrechen um des völkerrechtlichen Friedens willen als gegen den eigenen Staat begangen betrachten und in diesem indirekten Interesse mit Strafe bedrohen könne. Allein dies ist nur relativ richtig [5]). Denn, wenn allerdings sowohl Recht als Klugheit von jedem Staate fordern, daß er die Begehung von Verbrechen gegen fremde Staaten und deren Angehörige von seinem Gebiete aus bei Strafe untersage (s. unter 1 a. E.), so folgt daraus doch noch keineswegs, daß er sich um solche Verbrechen zu bekümmern brauche oder bekümmern müsse, wenn sie auf fremdem Gebiete begangen werden. Die weit am allgemeinsten hergebrachte Ansicht ist jedoch die [6]), welche das Strafrecht des Inlands für die Fälle a und b auf den Satz stützt, daß die einheimischen Strafgesetze den Unterthan als solchen verpflichten und diese Eigenschaft durch vorübergehende Ortsveränderung nicht aufgehoben werde. Allein dieser Satz, der für das Privatrecht vollkommen wahr und mit die Quelle für die ganze reiche Blüthe des neueren sog. internationalen Rechts ist, hat im Kreise des öffentlichen Rechts nicht den mindesten Anspruch auf Geltung, wie dies am klarsten die Analogie des eigentlichen Staatsrechts beweist [7]). Anerkanntermaßen [8]) steht er im ent-

---

1) Abegg S. 39.

2) N. Rev. S. 739. 740. 743 u. Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 65—69. A. M. Tittmann Hdb. I. §. 31.

3) Grolman §. 107. Ihrem Grunde nach geht natürlich diese Ansicht noch viel weiter, d. h. sie läßt auch ein Strafrecht gegen Ausländer zu, die im Auslande freveln. Indessen scheint doch Gr. in dieser Beziehung kein Strafrecht, sondern bloß die Auslieferung bevorworten zu wollen. s. auch Escher a. a. O. S. 127.

4) Feuerbach §. 40. vgl. Dens. Krit. d. Kleinschr. Entw. II. S. 4—8. Die hannövr. Stände b. Leonhardt I. 51. Bauer Lb. §. 44. not. c. d. §. 102.

5) Wegen der irrigen Bestimmungen in §. 36 kann Abegg S. 49. n. 52 gegen Feuerbach das Erforderliche nicht vorbringen. s. dag. N. Rev. S. 745.

6) Kleinschrod im A. Arch. VII. 384. 385. Rudolph l. c. §. 10 sq. Egger a. a. O. S. 48. Tittmann d. Strafrechtspfl. ꝛc. S. 18 ff. Heffter §. 26. Völk.R. §. 36. Schmid Staatsr. §. 84. Bauer Abh. I. 163—165 (mit einer ganz sonderbaren Motivirung). Breidenbach I. 1. 251 f. Wirt. Mot. a. a. O., theilweise auch Marezoll §. 23 und neustens wieder Zachariä N. Arch. 1852. S. 35 f. und Berner.

7) N. Rev. S. 743. Auffallender Weise bekämpft dies v. Mohl S. 117 Note, jedoch, — was hier utiliter acceptirt wird, — nur soweit die Behauptung das Privatrecht betrifft. Daß indessen bloß eine Behauptung ohne Beweis aufgestellt worden sei, ist eine unrichtige Behauptung von Mohl. Der Beweis liegt in der Natur der Endlichkeit der Erscheinung der Rechtsidee, welche namentlich auch die Territorialität bedingt.

8) Feuerbach §. 31. n. 3. Heffter §. 27. A. M. Berner a. a. O. S. 125 f. 132.

schiedenen Widerspruche gegen das allerseits anerkannte Territorialitätsprinzip. Denn aus demselben Grunde, aus welchem unser Staat die bei uns delinquirenden Ausländer als Uebertreter unserer Strafgesetze in Anspruch nimmt, müssen wir doch offenbar auch unsere Bürger im Auslande als Uebertreter der ausländischen Strafgesetze gelten lassen und dem auswärtigen Staate dasselbe Recht einräumen, das wir uns zusprechen. Die Behauptung hätte also jedenfalls nur dann Sinn, wenn sie mit Ausschluß des Territorialitätsprinzips aufgestellt würde [1]). Dann aber ist sie für den modernen Staat durchaus verwerflich, sofern sie das Band zwischen dem Staat und seinen Angehörigen ganz nach dem Typus der Familie und des Patrimonialstaats zuschneidet [2]). — Wie schwach die fragliche Ansicht von innen heraus ist, erhellt aber namentlich noch theils aus verschiedenen sekundären Begründungen, die nebenher beigebracht werden, theils aus allerlei Ausnahmen, die man zu machen sich veranlaßt sieht. So wird, was das erste betrifft, behauptet, das Recht des einheimischen Staats gehe wegen des Verhältnisses der Oberherrschaft dem des verletzten vor [3]), — oder: durch die fraglichen Verbrechen werde der vaterländische Staat (indirekt) mit beleidigt [4]); — oder: falls die fragliche Handlung des Inländers zwar im Ausland als Verbrechen gelte, aber dem Wohl und der Sicherheit des Inlands nicht entgegen sei, so sei es wenigstens Pflicht der Menschlichkeit, sie bei uns zwar nicht von Amtswegen, aber doch auf Ansuchen des verletzten Staats zu strafen [5]). Nicht minder fatal sind aber die Ausnahmen, die man der Regel gewöhnlich beifügt (weil man denn doch dem überwiegenden Eindruck des Territorialitätsprinzips nicht auszuweichen vermag), z. B. in Beziehung auf die gegen das Ausland oder seine Angehörigen begangenen Verbrechen [6]), — oder Polizeiverbrechen [7]), — oder Zuwiderhandlungen gegen nicht gemeinheitliche Verpflichtungen ꝛc. [8]). — Der behauptete Satz kann daher durchaus nicht als Rechtsprinzip anerkannt [9]), sondern muß als solches verworfen werden. Nicht einmal diejenige Ausnahme von dem Territorialitätsprinzip kann man gelten lassen, die man hie und da noch macht: wenn nämlich der Bürger gegen seinen einheimischen Staat handelte [10]), — oder eine in seinem Lande übernommene, durch Strafgesetze geschützte Pflicht verletzte, oder wenn das im

---

1) Sie ist auch in der That, geschichtlich aufgefaßt, nur ein mißverstandener Nachklang einer altdeutschen Rechtsanschauung, die von einem Konflikt mit dem Territ.Prinzip nichts wußte. Auch bei Berner S. 128 f. und Zachariä findet sich durchaus keine neue Begründung.

2) Abegg S. 46. N. Rev. S. 744. s. auch v. Mohl S. 66. 67. not. 1.

3) Tittmann a. a. O. S. 21. Gegen diese nakte petitio princ. s. Abegg S. 46. Freilich liegt aber darin eine relativ sehr richtige Vorstellung, welche dem Letzteren nicht zum Bewußtsein gekommen ist.

4) Dies läuft auf Feuerbach §. 40 hinaus. s. o. — Egger a. a. O. S. 49. 50. Tittmann S. 31.

5) Rudolph l. c. u. die Ansichten des Prinzen Johann v. Sachsen N. Arch. 1838. S. 6. s. dag. Abegg S. 49. 50. vgl. Jarcke I. S. 297.

6) Feuerbach §. 31. s. o. vgl. jedoch §. 40.

7) Grolman §. 107. vgl. Wächter I. S. 62. Berner S. 133 f. s. dag. v. Mohl S. 105. n. 1.

8) Heffter §. 26. Breidenbach I. 1. S. 252.

9) vgl. Leonhardt I. S. 53.

10) Abegg §. 36. Henke I. 607. 608. Marezoll §. 23. s. dag. oben 1) a. E. u. unten 3).

Auslande verübte Verbrechen gegen eine im Inlande befindliche Person gerichtet war [1]). (Denn das unmittelbare Objekt des Verbrechens gehört nicht zu seinem Wesen.) Vielmehr kann nur die Eine Ausnahme für zulässig erachtet werden, wenn der Inländer in fraudem legis in's Ausland geht, um dort Verbrechen zu verüben [2]). — Nach allem diesem erscheint es als weit aufrichtiger, wenn französische Juristen [3]) — von dem gleichen Interesse wie die deutschen geleitet, das Territorialprinzip mit dem Grundsatz der Nichtauslieferung der Unterthanen in Einklang zu bringen — die Abnormität verschmähen, welche in dem Nebeneinanderstellen zweier sich offenbar widersprechender Grundsätze liegt, und sich lieber geradezu auf das politische Interesse berufen. Sowenig nun freilich die Art und Weise ihrer Ausführung gebilligt werden kann, so unerläßlich [4]) erscheint es doch auf dem Standpunkt der modernen Gesittung, dem Grundsatz Rechnung zu tragen, wornach die Auslieferung der Bürger an fremde Strafgerichte für unehrenhaft gilt [5]). Nur darf dieß nicht auf Kosten des Prinzips geschehen, wie dies meist von Seiten deutscher Schriftsteller und Gesetzgebungen der Fall ist. Das allein richtige und ohne Häufung von Inkonsequenzen [6]) zum Ziele führende Auskunftsmittel s. im Paragraphen. Hiernach versteht es sich nämlich von selbst, daß eine von einem Inländer im Auslande begangene Handlung im Inlande nicht gestraft werden kann, wenn sie entweder im Auslande oder im Inlande nicht mit Strafe bedroht ist, während die Vertheidiger der bisher erwähnten falschen Grundsätze bald das eine oder andere, bald beides nur auf Umwegen [7]) und auf Kosten der Folgerichtigkeit [8]) geltend zu machen vermögen. Allerdings ist nun die Voraussetzung, die sich nach dem Territorialprinzip von selbst versteht, daß nämlich in den fraglichen Fällen der inländische Staat nicht strafen dürfe oder milder

---

1) Mittermaier n. 2. z. F. §. 31.

2) Weber von der natürl. Verbindlichkeit. 4. Ausg. S. 208 ff. Henke I. 606. 608. Marezoll, Mittermaier a. a. O. Martin §. 26. A. M. Wens p. 33, nicht aber auch, wie Mitterm. meint, Breidenbach S. 258. 259, der eben nur auf dem Standpunkte des hess. Gbs ganz sachgemäß urtheilt. vgl. auch preuß. Entw. 1847. §. 2.

3) s. krit. Zeitschr. a. a. O. S. 59 ff. vgl. Hélie Traité de l'instr. crim. II. 569—583. Nicht richtig aufgefaßt sind die Ansichten der französ. Jurisprudenz bei Berner S. 95—105; nur sehr wenige Juristen huldigen dem von ihm verfochtenen feudalen Grundsatze.

4) Dies nicht erwogen zu haben, ist der Mangel in den Ausführungen von Abegg, Martin, Schröter, Wens, Cosman a. a. O. s. übr. auch schon Henke I. 606. 607. Eben denselben Fehler hat das englische Recht und theilweise das französische. s. dagegen das belg. Ges. 30. Dez. 1836. Art. 1. 2.

5) Heffter Völk.R. §. 63. Anders z. B. in Hannover. s. Leonhardt I. 60. u. nach einem Napoleonischen Dekret v. 1811. vgl. aber Fölix l. c. p. 573 sq.

6) Wie sehr hieran die neueren Gesetzgebungen leiden, darüber s. z. B. Breidenbach I. 1. 255 ff. Leonhardt I. 49—72. N. Rev. S. 747. — Auch die neue Ausführung v. Mohls, die unter Anm. 4 (s. u.) gehört, zeichnet sich wenigstens nicht durch Konsequenz aus.

7) Am leichtesten kommt man freilich ohne Prinzipien durch: s. z. B. Jarcke I. 295—297. s. dag. Leonhardt I. 53—55. Breidenbach S. 253. 255. 258. n. 3 rc.

8) Konsequent bleiben freilich z. B. Heffter §. 150. Bauer Abh. I. 165 (auch nicht ganz); aber ob diese Konsequenz gerecht sei, ist eine andre Frage. Inkonsequenz herrscht dagegen bes. wieder bei Berner S. 137. 162. 163. vgl. Zachariä a. a. O. S. 39.

strafen müsse, wenn die Handlung am Orte ihrer Begebung für kein oder für ein geringeres Verbrechen erklärt ist [1]), vielfach angefochten als eine der Selbständigkeit des Staats widerstreitende [2]). Allein nicht nur ist anderwärts ausreichend gezeigt [3]), daß bei der im §en gewählten Fassung die Ehre der Staatsindividualität im Mindesten nicht gefährdet ist, sondern es muß im Gegentheil behauptet werden, daß das Prinzip der unabhängigen Hoheitsgewalt (Souveränität) des Staats eben nur bei unumwundener und konsequenter Durchführung des Territorialprinzips gewahrt erscheint, wogegen es offenbar empfindlich gekränkt wird [4]), wenn derselbe Staat, der auf seinem Gebiete delinquirende Angehörige eines andern Staats seinen Strafgesetzen zu unterwerfen kein Bedenken trägt, seine eigenen Angehörigen im gleichen Fall nur seinen eigenen Strafgesetzen unterworfen wissen will [5]). Man bedenkt hier viel zu wenig, daß ein Recht, das man sich selbst zulegt, seines Gleichen aber abspricht oder beschränkt, vor vernünftiger Betrachtung nur den Werth einer gemeinen Anmaßung hat. Wenn außerdem gewöhnlich [6]) noch die Schwierigkeit geltend gemacht wird, welche der Kenntnißnahme von fremden Gesetzen entgegenstehe, so darf doch wohl an die Thatsache erinnert werden, daß man sich bis zur neueren Zeit in der Regel an den Grundsatz der Anwendung des örtlich übertretenen Gesetzes, resp. des heimischen, wenn es das mildere war, in der Praxis gehalten hat [7]).

3) Man begnügt sich jedoch meistens nicht damit, dem Territorialprinzip den bisher besprochenen Grundsatz der absoluten Anklebung des einheimischen Strafgesetzes entgegenzustellen, sondern man vindizirt dem Staate auch das Recht, in größerem oder geringerem Umfange Ausländer zu bestrafen, die im Auslande delinquirt haben. Indessen geht man doch gewöhnlich nicht weiter, als zur Gestattung der Bestrafung der gegen das Inland oder seine Angehörigen verübten Verletzungen [8]). Und auch hier ist die Begründung (abgesehen von den unter 4)

---

1) vgl. auch Feuerbach §. 40, der freilich zu weit geht, wenn er direkt die Anwendung des ausw. Strafgesetzes verlangt. ebenso Martin §. 26. n. 15. Bauer §. 44. not. d. Kleinschrod syst. Entw. II. §. 124.

2) Abegg S. 61—66. Henke I. 607. Heffter §. 27. n. 3. §. 150. Völk.R. §. 36, wo sehr mit Unrecht die hier vertheidigte Ansicht eine verschollene genannt und auf einen privatrechtlichen Gesichtspunkt zurückgeführt wird. Mohl S. 127. 128, aber offenbar gegen sein eigenes Prinzip, das nur auf eine sekundäre Rolle des Inlands, d. h. auf unsre Ansicht führt.

3) s. krit. Zeitschr. a. a. O. S. 73—80. Wirth Ethik II. 358.

4) Der entgegengesetzten Ansicht ist auch v. Mohl S. 69—71. 127. 128, jedoch gegen sein eigenes Prinzip. s. o.

5) s. krit. Zeitschr. a. a. O. S. 82—84.

6) s. auch Berner S. 161 f. Goldtammer I. 59. Anm.

7) Heffter §. 150. VR. §. 36. Preuß. LR. II. 20. §. 12—15. Oestr. Gb. §. 34 (40). Braunschw. Mot. b. Breym. S. 159. Leonhardt I. 50. 54. Weiß Komm. S. 45. vgl. Wirt. Gb. Art. 5. Hess. Art. 4. Bad. § 4. vgl. krit. Zeitschr. a. a. O. S. 77—80. Weim. Entw. N. Arch. VI. 398. 99. Hann. VO. 26. Febr. 1822. §. 4. Sächs. Verh. im N. Arch. 1838. S. 5—12. Emmerich in Demmes Annal. VII. 339 f. u. die Citate b. Berner S. 160. 161.

8) Mohl S. 125. n. 1 erklärt ausdrücklich, daß er diesen Fall übergehe, — nicht zum Vortheil seiner Abhandlung, die dadurch lückenhaft wird. Ueberhaupt zeigt er hier aber, daß er das Strafrecht des Staats irrthümlich auf sein Verletztsein, auf

zu erwähnenden Ansichten) in der Regel sehr dürftig. Die, welche auf den Naturzustand zurückgeht, kann füglich ganz übergangen werden [1]). Indessen ist es nicht viel mehr als eine nominelle Verschiedenheit, wenn Andere [2]), sogar die entschiedensten Vertheidiger des Territorialitätsprinzips, dem angegriffenen Staate in solchem Falle zwar nicht ein eigentliches Strafrecht, dagegen ein Nothwehrrecht (gegen In- oder Ausländer) zusprechen. Betraf die Verletzung einen Angehörigen des Inlands, so beruft man sich auf die bereits ob. gewürdigte Schutzpflicht des einheimischen Staats [3]). Weit die Mehrzahl der Schriftsteller [4]) jedoch verwirft jedes Strafrecht des Inlands in diesen Fällen, und zwar, freilich oft mit einer kaum glaublichen Inkonsequenz [5]), vom Standpunkt des Territorialprinzips aus. — Die unter 2) und 3) erwähnten Superfötationen hinsichtlich des Prinzips führen nun aber natürlich zu mannigfachen Konflikten. Sind wegen einer und derselben Handlung mehrere Strafgewalten begründet, so muß man entweder nach dem Axiom: non bis in idem [6]) der einen derselben den Vorzug (mittelst Prävention od. dgl.) einräumen [7]), wodurch man aber gegen den Grundsatz der Souveränität verstößt [8]); oder man erkennt diesem gemäß die unbeschränkte Gleichberechtigung der konkurrirenden Strafgewalten an, muß dann aber hinsichtlich der Beachtung jenes Axioms, das man nur als Grundsatz christlicher Milde gelten lassen will, an die Zufälligkeit des Billigkeitsgefühls appelliren [9]). Nach der im Fen dargestellten Ansicht fällt dagegen jede Schwierigkeit weg. Zwar ist nach dem Souveränitätsprinzip keine der beiden konkurrirenden Staatsgewalten verbunden,

---

den Selbstschutz, auf den Egoismus gründet, was gegen seine kosmopolitische Idee einen weit größern Widerspruch bildet, als das Territorialitätsprinzip in der hier gegebenen Darstellung.

1) Tittmann Strafr.pfl. S. 18. Egger a. a. O. S. 53, der übrigens auf seinem Standpunkte eine scharfsinnige Anwendung von dem Grundsatze: vol. non fit injuria macht. Rudolph l. c. §. 8. 9. vgl. Abegg S. 52—54. Neu aufgestutzt ist jene verschollene Ansicht bei Berner S. 141 ff.

2) Abegg §. 36. 38. Martin §. 41. Schröter §. 46 (?). Oersted Grundregeln S. 139 f. vgl. Wirt. Mot. §. 4. Heff. Mot. v. 1824 b. Breidenb. I. 1. 230. Hufnagel I. 12. Cosman l. c. p. 25.

3) vgl. krit. Zeitschr. a. a. O. S. 86—90.

4) Feuerbach §. 31. Martin §. 26. Abegg S. 52—57. Henke I. 605. 606. Marezoll §. 23. Mittermaier n. 2. z. F. §. 31.

5) Heffter im N. Arch. XIV. 551 ff. Lb. §. 26. n. 3. Bauer Abh. I. 166. 167. Breidenbach I. 1. 272 f. Leonhardt I. 68. — Ueber Auslieferung (der Ausländer) s. Gärtner de eo quod justum est circa exhibit. reorum. 1729. Zoller de remissione delinqu. 1778. Büschleb de princip. circa comprehensionem ꝛc. reorum. 1800. Gutjahr l. c. Le Clercq de transfug. reddendis. 1823. Kluit l. c. Hélie traité II. 639 sq. Berner S. 179 f. (wo neben vielem Guten manche willkührliche Behauptung anzutreffen ist) u. besonders v. Mohl a. a. O. Das Nähere s. im Strafprozesse und im Völkerrecht.

6) Bauer §. 130. n. 1. vgl. Leonhardt I. 70. 71. v. Preuschen Krit. d. heff. Entw. S. 3 ff. Abegg Lb. S. 90. 91. Marezoll S. 77. n. 3. l. 23 C. de poen. (9. 47).

7) so Feuerbach §. 31. n. 3. vgl. aber §. 516. n. 2.

8) s. das wirt. OTrib. u. JMinist. b. Hufnagel St.Gb. mit Anm. S. 485—487, in deren Erklärungen jedoch der Grundsatz: non bis ꝛc. auf den Grund des GB. Art. 3. nr. 3. heilig geachtet bleibt (vgl. d. folg. Note). vgl. auch Abegg Lb. d. Crim.Proz. §. 63. Sehr leicht macht es sich Berner S. 137.

9) so Heffter §. 27. n. 3. §. 181. n. 2. Völk.R. §. 36. III. Schmid Staatsr. §. 90. II. Leonhardt I. 71. Breidenbach I. 1. 253—255. 261 ff.

der andern die Priorität einzuräumen, aber die Heiligachtung des Axioms: non bis ꝛc. versteht sich hier aus dem Grunde von selbst, weil der Heimathstaat hier seine Strafgewalt stets nur im Namen des durch das Territorialitätsprinzip berechtigten ausübt [1]). — Eine damit zusammenhängende Frage ist die, ob der eine strafberechtigte Staat die im andern gefällten Strafurtheile zu respektiren habe? Eine Verpflichtung zur Vollziehung auswärtiger Straferkenntnisse würde nun ohne Zweifel mit dem Souveränitätsprinzip unverträglich sein [2]). Allein auch alle Verbindlichkeit zu irgend einer Beachtung derselben muß konsequenter Weise geläugnet werden, wenn man für dieselbe Handlung verschiedenen Staaten eine abstrakt selbständige Strafgewalt einräumt. Denn hier helfen nicht einmal mehr die prozessualischen Grundsätze über Prävention ꝛc. aus, und man hat keine Berechtigung [3]), einer zwei- oder dreimaligen Bestrafung entgegenzutreten. Man muß daher, um schreiende Ungerechtigkeiten zu vermeiden, entweder zu unbewiesenen und unfolgerichtigen Behauptungen [4]), oder zu Empfehlungen unpassender oder garantieloser Maßregeln [5]) greifen, im ersten Fall aber ist es nicht zu verwundern, wenn die Berücksichtigung der Forderungen der nakten Gerechtigkeit so mager als möglich ausfällt [6]), namentlich zwischen den verschiedenen Gründen der Tilgung der Strafbarkeit (Verbüßung der Strafe, Freisprechung, Begnadigung, Verjährung ꝛc.) die prinziplosesten Unterschiede gemacht werden. Nach der richtigen Ansicht dagegen fällt alle eifersüchtige Rücksicht auf das Souveränitätsprinzip hinweg, und bei dem gesetzten Stellvertretungsverhältniß zwischen den berechtigten Staaten versteht es sich von selbst, daß die in einem Staate eingetretenen Gründe der Tilgung der Strafbarkeit sofort auch im andern als eingetreten gelten müssen [7]), wogegen allerdings natürlich eine bloße Verurtheilung oder unvollständige Straf-

1) Für die nach der andern Ansicht dann eintretende Kollision, wenn ein Ausländer, der im Inland delinquirt hat, sofort im Auslande gestraft oder freigesprochen oder begnadigt worden ist, hat die hier vorgetragene Ansicht nicht zu sorgen, da nach ihr in diesem Fall der ausländische Staat (die Heimath des Verbrechers) in seinem Rechte ist (s. den §. a. E.), mithin das Strafrecht des Inlands cessirt. (Dies war in der N. Rev. S. 909. 910 übersehen.)

2) Fölix p. 572. vgl. Schmid Staatsr. §. 90. v. Martens Völk.R. §. 107. Heffter VR. §. 36. Oestr. Hofdekret v. 1788 b. Jenull I. S. 327. not. d. — Auch diese Fragen hat v. Mohl so gut als ganz ignorirt, was sich aus seiner Antipathie (S. 117) gegen das Territ.Prinzip erklärt. Gerade seine Weltrechtsordnung hat aber die dringendste Verpflichtung, diese Konflikte mit dem Souveränitätsprinzip in's Auge zu fassen, und sich darüber ausführlich zu erklären.

3) Richtig anerkannt von Leonhardt I. 71.

4) Heffter §. 181. n. 2. vgl. §. 27. n. 3. §. 182. Breidenbach a. a. O. S. 261 ff.

5) Leonhardt a. a. O. vgl. Weiß Komm. S. 46.

6) s. z. B. Heffter. Bauer Abh. I. 165. Breidenbach. s. dag. schon Farinacius qu. 7. §. 26. 27, der freilich auch wenigstens die Begnadigung im Auslande nicht gelten läßt, außerdem aber sehr ad hom. demonstrirt, daß doch wohl einer, dem man in Venedig die Ohren abgeschnitten habe, auch in Florenz ohne Ohren herumlaufe. vgl. Jenull I. S. 326. 327.

7) Hufnagel Strf.GB. mit Anm. S. 8. 9. nr. 4. 6. Breidenbach S. 263. Abegg Krit. d. sächs. Entw. S. 32. Beil. z. Wirt. Komm.ber. z. Art. 3. A. M. waren freilich Aeltere, welche das Plus nachträglich aufzuerlegen gestatteten. s. z. B. Clarus §. fin. qu. 57. nr. 3 sq. qu. 58. nr. 4. qu. 96. nr. 8. Farinacius qu. 4. §. 2. qu. 7. §. 26. 27. so auch Berner S. 139 (über Verjährung S. 164. ?).

verbüßung in einem Staate den andern an der Ausübung seiner Strafgewalt in stellvertretender Weise nicht hindert [1]).

4) Die angef. praktischen Schwierigkeiten und Widersprüche deuten aber von selbst auf einen tiefen inneren Schaden der unter 2) und 3) besprochenen Theorieen. In der That stimmen auch dieselben wesentlich nur in dem negativen Momente zusammen, daß sie dem Territorialprinzip widersprechen. Soll nun aber dieser Widerspruch irgend wirklichen Sinn und Gehalt haben, so muß er in einer positiven Form, d. h. in dem Satze auftreten, daß der konkrete Staat trotz seiner territorialen Beschränkung gemäß der Idee des Staats (etwa auch um des völkerrechtlichen Friedens oder der Weltrechtsordnung willen) das Recht und die Pflicht habe, alle irgendwo begangenen Verbrechen zu bestrafen [2]). Abgesehen jedoch von der ganz singulären Begründung auf die Präventionstheorie [3]), wird diese Ansicht entweder auf ganz abstrakte, ideologische Vorstellungen von Recht und Staat, oder aber, wo man doch nüchterner ist [4]), auf die freilich gleichfalls vage, aus dem Privatrecht oder Völkerrecht herbeigeholte Idee des weltbürgerlichen Rechtsschutzes [5]) gestützt, wo denn theils die Natur des positiven Rechts überhaupt, theils der wesentliche Unterschied des öffentlichen Rechts vom bürgerlichen gänzlich verkannt wird [6]), jedenfalls aber die bereits erwähnten praktischen Uebelstände nur noch vermehrt werden [7]).

5) Die Quellen des gem. deutschen Rechts [8]) geben geringen Ertrag. Denn die Frage ruht auf der bewußten Anerkennung der Rechtsgegenseitigkeit zwischen verschiedenen selbständigen Staaten. Gerade dieses Element fehlte aber [9]) zuvörderst dem römischen Rechte ganz [10]). Zwar liegt in der Ausbildung des jus gentium eine höchst folgenreiche, die neue Weltperiode vorbereitende Durchbrechung der Schranke

---

1) s. Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 80—82. Breidenbach S. 264—266. Hufnagel III. 34. im Wesentlichen auch Berner S. 165—168.

2) s. Krug krim. Jahrb. f. Sachs. I. 265 ff. Grolman §. 107. Siegenbeck l. c. p. 33. Egger a. a. O. S. 53 ff. Tittmann Hdb. I. S. 51. vgl. Schmid §. 67. Schön findet dies auch Heffter VR. §. 36. Lb. §. 26. n. 4. u. v. Kamptz Jb. H. 47. S. 19 ff. s. jetzt bes. v. Mohl, der jedoch schließlich zwischen den zwei von ihm (aber nicht richtig, weil keineswegs erschöpfend) aufgestellten Gegensätzen zwischen einer kosmopolitischen und einer selbstsüchtigen Ansicht zu vermitteln sucht und dabei im Wesentlichen auf das hier vertheidigte Resultat kommt, da er die Konsequenzen der „Weltrechtsordnung" selbst bedenklich findet.

3) Schon ob. wurde indessen bemerkt, daß Grolman sich zur Noth mit Auslieferung begnügt.

4) z. B. in den Wirtemb. Mot. §. 4. Erkl. d. sächs. Ministers N. Arch. 1838. S. 9. 11. v. Mohl a. a. O.

5) Etwas davon liegt auch in der Unterscheidung allgemeiner und besonderer Verbrechen bei Wirth Eth. II. 357. dag. N. Rev. S. 748. 749. vgl. auch Jenull I. 335 f. Escher a. a. O. S. 129. 131—134.

6) N. Rev. S. 738—741. 743. 745. 750. Krit. Zeitschr. S. 56—59. vgl. Hufnagel III. 629.

7) Ueber Verbrechen, die auf Schiffen begangen werden, s. das Völkerrecht. Grotius III, 3. §. 8—13. Heffter §. 73 f. 104. Ortolan règles internat. I. p. 227 sq. 291 sq.

8) vgl. Roßhirt Entw. S. 358—362.

9) Heffter Völk.R. §. 5. 8. Oppenheim VR. S. 13—15. 18. 23. 73. Oberflächlich ist Berner a. a. O. S. 88—90. s. aber auch S. 172.

10) adv. hostem aeterna auctoritas esto. vgl. l. 5. §. 2. 3. D. de captiv. (49. 15). l. 118. D. de V. S. (50. 16).

des antiken abstrakten Bürgerthums innerhalb des Staats. Allein dies berührte nicht das Verhältniß von Staat zu Staat [1]). Die einzelnen Beispiele aber von Bündnissen mit andern Völkerschaften, welche auch Bestimmungen über Strafrechtspflege enthielten [2]), sind theis eben nur Ausnahmen, theils beschränken sie sich auf die ältere römische Geschichte, und die fraglichen Bestimmungen selbst ruhen auf dem jedenfalls auf die moderne Zeit schlechthin nicht übertragbaren Grundsatze, daß ein Staat dem andern für die durch seinen Angehörigen verübte Verletzung Genugthuung zu geben und ihm daher letzteren zur Bestrafung auszuliefern habe. Mit der Eroberungspolitik des zur Weltherrschaft prädestinirten Volks vertrug sich jedoch die Abschließung solcher auf den Grundsatz der Gleichberechtigung gebauten Bündnisse bald nicht mehr. Mit der wirklich wachsenden Weltherrschaft gieng dem römischen Recht nothwendig alle völkerrechtliche Grundlage (im staatsrechtl. Sinn) verloren. Auslieferungen römischer Bürger an auswärtige Staaten wegen Verletzungen dieser [3]) mußten zur Seltenheit werden; zwar scheinen sie auch in späterer Zeit noch angeboten worden, aber, wenn sie nicht angenommen wurden, die schuldige Person im römischen Reiche unbelästigt geblieben zu sein [4]), wogegen umgekehrt der römische Staat kein Bedenken trug, Angehörige fremder Staaten zur Bestrafung sich ausliefern zu lassen [5]). Die völlige Ausbildung der Weltherrschaft erklärt hinlänglich, warum es über eine ohne Zweifel ganz unpraktisch gewordene Frage fast an allen Nachrichten fehlt. Dagegen ist die Berufung auf das in der Kaiserzeit fast ausschließliche Zurgeltungkommen des forum delicti commissi [6]) für die völkerrechtliche Seite der Frage an sich ohne Bedeutung. Daß nun aber jedes auf römischem Boden verübte Delikt [7]) von römischen Gerichten abgeurtheilt wurde, kann freilich keinem Zweifel unterliegen. Die Modalitäten hingegen, welche hiebei, falls ein Peregrine gegen einen Peregrinen oder gegen einen Römer delinquirte, in Beziehung auf Gerichtsstand u. s. f. stattfanden, sind eine historische Antiquität [8]). — Noch weniger ist aus dem kanonischen Rechte zu entnehmen, da das Recht der christlichen Kirche ihrem Begriff nach gegen die territoriale Abgeschlossenheit der einzelnen christlichen Staaten gleichgiltig sein mußte [9]). Was daher hier über das forum

1) Deshalb ist die ganze Stellung der Frage bei Rein S. 172—178 unpassend.

2) Dion. Hal. II. 37. 51. 72. III. 3. 37. 39. IV. 50. Polyb. III. 24. Liv. I. 30. XXXVIII. 38. Barbeyrac Suppl. au corps univ. dipl. de J. Du Mont. Tom. I. Sell die Recuperatio d. Römer. S. 145 ff. Pauly Realencykl. III. 466 f. 495 f.

3) Daß man wegen Verletzung eines Privaten einen Römer noch ausgeliefert hätte, ist undenkbar. Ob er aber im Inland prozessirt wurde, weiß man nicht. Dagegen geschah dies allerdings, wenn ein Römer im Auslande einen Römer verletzte. Val. Max. IV, 1, 15. Ob aber auch noch später, wird sehr zweifelhaft, da das for. domic. kaum mehr erwähnt wird.

4) L. 17. D. de legationibus (50. 7). vgl. Gell. XVII. c. 21.

5) Polyb. XXIII, 13. 14. vgl. Tac. An. II, 42. 64—67.

6) Abegg a. a. O. S. 72—74 u. A. f. dag. Escher a. a. O. S. 123. Weit eher könnte man aus dem Ausgeschlossensein des forum depreh. argumentiren.

7) Ausgenommen waren Delikte von Gesandten. Rein S. 178—181.

8) vgl. Sall. Jug. 35. Liv. XXXIX, 41. XL. 37. Cic. Brut. 22. Verr. I, 27 sq. II, 28 sq. l. 1. §. 4. D. de off. praef. urbi (1. 12). l. 3. D. de off. praes. (1. 18). vgl. l. 5. 12. §. 4. D. de accus. (48. 2). Gaj. IV. 37. Rein S. 173 —178.

9) Oppenheim Völk.R. S. 15. 16. 73. 74. 350.

bestimmt wird, ist entweder willkührlich [1]), oder dem weltlichen Rechte anbequemt [2]), in keinem Falle für die vorliegende Frage von Bedeutung [3]). Die völkerrechtliche Seite der Stellung der christlichen Kirche im MA. hatte hierauf nur indirekten Einfluß, sofern das neue Rom, an die Stelle des alten tretend, den vom Weltreich ausgeschlossenen Barbaren die Ungläubigen substituirte [4]), vermöge des überwiegenden Einflusses der Kirche aber nicht nur dieser Egoismus des kirchlichen Rechts auch dem weltlichen Rechte der bevormundeten Staaten eingeimpft [5]), sondern auch innerhalb des christlichen Staatenkomplexes die Entwicklung des Selbstbewußtseins für den weltlichen Staat für Jahrhunderte zurückgehalten wurde [6]). Dieses und eben damit die Bedingung für die Aufstellung der vorliegenden Frage datirt sich erst seit der Reformation; aber für die Länder, denen unter dem Druck überschwänglicher Ideen die naturgemäße politische Verdichtung der Nationalität versagt war (Deutschland und im MA. Italien) [7]) konnte der Zeitpunkt der praktischen Bewährung des souveränen Selbstbewußtseins in rechtlicher Form erst zu der Zeit eintreten, wo sie mit gebrochener nationaler Einheit in Kleinstaaten auseinanderfielen. Zwar hatte sich nun eine faktische Art von Souveränität auch hier schon lange vorher entwickelt und infolge davon ein dringendes praktisches Bedürfniß die Aufwerfung der Frage nöthig gemacht, wie man extra territorium begangene Delikte zu behandeln habe. Allein die betreffenden Ausführungen [8]) der italienischen Praktiker und der ihnen folgenden deutschen Kriminalisten sind für uns von untergeordnetem Werth, weil sie auf der Grundlage oder mindestens noch unter dem nachwirkenden Einflusse eines zwitterhaften Kollisionszustandes zwischen einer aufgeblähten Landeshoheit und einer dennoch nicht

---

1) so Clem. 2. de sentent. (2. 11). vgl. Escher a. a. O. S. 124. 125.

2) so namentlich das von Heffter §. 26. n. 2, und Jarcke I. S. 296 not. mißbrauchte c. 2. de consuetud. in VI°. (1. 2), vgl. c. 14. X. de for. comp. (2. 2) u. l. 20. D. de jurisdict. (2. 1) u. Gonz. Tellez b. Wächter I. §. 35. n. 85 cit.

3) Ungenügend ist Berner S. 91. 92; vgl. Zachariä im R. Arch. 1852. S. 35. 36.

4) Alciat. z. l. 118 u. 225. D. de V. S. vgl. Leibnitz Praef. ad Cod. jur. gent.

5) vgl. Pütter Beitr. z. Völkerr.Gesch. u. Wiss. 1843. S. 48 ff. Wheaton Elem. of internat. Law. p. 51—54.

6) Oppenheim S. 16. 17. Diesem Standpunkte gehört der Zustand des germanischen Rechts an, weniger des nordischen, das früher zur Entwicklung des Gegensatzes zwischen Inland und Ausland kam (Wilda S. 675—678), als des kontinentalen, wo unter der Herrschaft des Prinzips der persönlichen Rechte das Territorialprinzip noch gar nicht aufkommen konnte. Eichhorn RG. I. §. 46. v. Savigny RG. I. S. 115 f. Zöpfl II. 2. §. 5. Gaupp Ansiedl. §. 33 f. Wilda S. 678—684. Abegg a. a. O. S. 75—78. Platner üb. d. hist. Entwickl. d. Deutsch. R. I. S. 38. 39. 50—52.

7) Eichhorn R.G. III. §. 397. 398. 411. Roßhirt a. a. O. S. 359. 360.

8) A. M. sind Mittermaier n. 2 z. F. §. 31. Breidenbach I. 1. S. 255. n. 9. Berner S. 92. 93. Allein bei aller Achtung, die man der Rechts- u. Dogmengeschichte, somit namentlich unter Andrem auch den Ausführungen der neuerdings so besonders geliebkosten ital. Praktiker am rechten Orte schuldig ist, muß man doch die richtige Bemerkung wohl beherzigen, welche Gerber D. Priv.R. §. 8. n. 1. macht. Durch nichts wird die wahrhaft fruchtbare Benützung des geschichtl. Elements mehr gefährdet, als durch den Mißbrauch desselben zu kritikloser Aufspeicherung eines todten Schatzes bloß antiquarischer Gelehrsamkeit.

abzuweisenden Unterwürfigkeit unter ein höheres Staatsganzes stehen [1]). Selbst diejenigen Italiener nämlich, welche bereits das Gespenst einer solchen höheren Staatseinheit nicht mehr zu respektiren hatten, wußten dem Souveränitätsprinzipe keine neue Idee abzugewinnen [2]), sondern argumentirten gleich ihren Vorgängern aus dem röm. und kanon. Recht, aus der dem früheren Zustande entsprossenen Gleichberechtigung der drei gemeinen Gerichtsstände und aus dem niedrigen Gesichtspunkte der eifersüchtigen Bewahrung der Jurisdiktion als eines lukrativen Rechts [3]). Das Zurückgehen auf jene früheren Begründungsweisen hat auch nicht etwa wenigstens den Werth, daß dadurch eine Anknüpfung an die altgermanische Rechtsansicht [4]) vermittelt würde. Denn die Sätze, daß jeder deutsche Volksgenosse Strafe nach seinem Stammrechte erleiden [5]) und Buße und Wergeld nach seinem Stammrechte erhalten [6]) solle, haben mit den Gründen, auf welche das forum domicilii im deutschen Reich gestützt wurde [7]), nichts zu schaffen. — In der That ist nämlich die vorliegende Frage eine aus den Quellen des gem. deutschen Strafrechts [8]), Doktrin und Praxis bis 1806 mit eingerechnet, unlösbare. Nach Auflösung des deutschen Reichs ist sie nur noch aus Prinzipien, nicht mehr aus Traditionen zu entscheiden. Dieß fühlen auch die neueren gesetzgeberischen Arbeiten; sie sind ein wahrer Tummelplatz [9]) von Prinzipien (s. o. 1—4), die nur freilich großentheils ihre Herkunft von Traditionen nicht verläugnen können. — Sie lassen sich trotzdem einigermaßen klassificiren: A) Der idealistische Standpunkt unt. 4) ist vertreten im preuß. A. LR. II. 20. §. 12—15. (Krim. O. §. 96—98.) und im Oestr. GB. §. 30—34. [10]), jedoch auf abweichende Weise. In den Vorschriften des ALR. überwiegt das Territorialprinzip [11]), in denen des östr. Gbs. das der absoluten Verpflichtung der Inländer durch das inländische Strafgesetz und des Rechts des inländischen Staats auf Selbstschutz [12]). Erstere kommen

---

1) vgl. Escher a. a. O. S. 124. Feuerbach §. 40. Anm.

2) Dies hebt auch Roßhirt a. a. O. nicht gehörig heraus, der im Uebrigen die Sache richtig anfaßt.

3) Clar. §. fin. qu. 39. n. 4. Farinacius qu. 6. n. 21. qu. 7. §. 19 sq. vgl. Carpzov. qu. 110. Meister Einl. in d. peinl. Rechtsgel. Bd. 1. Abschn. 1. Hauptst. 13.

4) Uebrigens findet sich in der l. Sax. (nach Lindenbr. und Spangenb.) II, 8. 10. IV. V. selbst das Territ.Prinzip!

5) L. Rip. XXXI, 3. 4. LXI, 1. 2. Pip. R. Cap. Lang. a. 782. c. 7. (P. I. p. 43).

6) Ed. Roth. c. 377. Cap. gen. a. 783. c. 4. (P. I. p. 46).

7) s. z. B. Farinacius l. c. §. 21. 23. Carpzov l. c. nr. 9. Meister a. a. O. §. 3. 12. Mittermaier a. a. O. §. 53. Ungenügend ist Berner a. a. O. S. 90 f.

8) Selbst die Nichtverantwortlichkeit des Regenten ist keineswegs aus dem deutschen Reichsrecht zu begründen. Sächs. LR. III. 52. §. 3. 54. §. 4. Schwäb. LR. 124. 130 c. Gold. B. c. 5. §. 3. A. M. Grolman §. 148 a. E. Feuerbach §. 30. s. dag. Eichhorn RG. II. §. 288.

9) Ganz ungenügend ist Häberlin I. S. 7. 8.

10) vgl. Jenull I. S. 325—338. Das revid. Gb. (1852 §. 36—41) enthält mehrere Korrektionen.

11) vgl. §. 7 und Krim.O. a. a. O. s. übrigens auch KO. 6. Apr. 1834 bei Mannkopf S. 55.

12) Nur bei Fremden, die auswärts nicht gegen den östr. Staat delinquirt haben, soll das mildere Gesetz des Auslands respektirt werden. vgl. jetzt §. 36 ff. und Hye

daher der richtigen Ansicht weit näher, als letztere, da sie das Recht des fremden Staats auf den dort delinquirenden Preußen in erster Linie anerkennen und wesentlich nur darin fehlen, daß sie dem preuß. Staat auch gegen Fremde, die auswärts freveln, Strafgewalt beilegen [1]). B) Dagegen haben sich dieser Rechtfertigung aus einem, wenn auch unrichtigen, doch wenigstens politisch-ehrwürdigen Prinzip die übrigen Gesetzgebungen seit 1813 begeben [2]), und begnügen sich vielmehr mit einer Prinzipienmengung, die von Inkonsequenzen, Lücken, Widersprüchen und gegenseitigen Abweichungen und Verlegenheiten strotzt. Als Grundzüge erscheinen die ob. dargest. Sätze: 1) Die Anwendung des Territorialprinzips auf alle im Inlande begangenen Verbrechen [3]); 2) die Nichtauslieferung der Unterthanen [4]), daher der Grundsatz, daß diese wegen aller irgendwo begangenen Verbrechen den inländischen Strafgesetzen unterliegen sollen [5]). Dabei geht man aber freilich von andern Motiven aus, namentlich davon, daß der Staat das Recht und die Pflicht habe, seine Angehörigen auch außerhalb seiner Grenzen zu schützen, resp. denen fremder Staaten um des völkerrechtlichen Friedens willen 2c. Schutz zu gewähren [6]) (von dem Selbstschutz des Staats s. nachher). Abgesehen hievon springt aber die Ungerechtigkeit in die Augen, wenn dieser Satz auch von solchen Gesetzgebungen aufgestellt wird, welche Verbrechen gegen fremde Staaten ignoriren [7]); hiedurch werden dann eben diese fremden Staaten genöthigt, sich gegen derlei Verbrechen selbst zu schützen, d. h. dem Prinzip eine weitere Wunde zu schlagen, von Retorsionsmaßregeln noch ganz

---

S. 512—547. Vergehen und Uebertretungen des Ausländers im Ausland sollen jetzt in Oestr. ganz ignorirt werden. §. 234.

1) Uebrigens sind beide Gesetzgebungen lückenhaft, namentlich übergehen sie die Frage über den Einfluß einer auswärtigen Bestrafung, Freisprechung 2c. ganz. s. übr. Jenull I. S. 327. und das not. d. cit. Hofdekret und jetzt §. 36. 235. In der Regel werden freilich alle derlei Modalitäten ignorirt. s. z. B. Heffter §. 26. n. 4. Marezoll S. 78 ff. Nicht einzusehen ist, wie v. Mohl S. 21. j. 20 auch das bair. Recht hierher stellen mag.

2) Ueber das franz. Recht s. meinen o. a. Art. in der krit. Zeitschr. und Wens l. c. p. 83 sq. Pyraye p. 19 sq. Asch v. Wyck p. 69 sq. Hélie traité II. p. 302 sq.

3) Diese Bestimmung ist eine durchaus allen neueren Gesetzbüchern gemeinschaftliche. Allein nicht ebenso allgemein ist die Forderung erfüllt, die doch wenigstens von den Bundesstaaten gegen einander zu erwarten wäre, daß jeder Staat den andern gleich sich selbst schütze. s. z. B. Leonhardt I. 60 u. Nachtrag.

4) Anders in Hannover. s. Leonhardt I. 60. Kurhess. VO. 1. Sept. 1820. Auch Napoleon hatte einmal das Gegentheil verordnet (23. Okt. 1811). vgl. übr. den Bundesbeschl. 18. Aug. 1836.

5) Auch dieser Satz steht in Deutschland allgemein fest. Oestr. Gb. §. 36 (§. 30). Bair. Prom. Ed. Art. 3. Mecklenb. Ges. 24. Aug. 1826 u. 16. Jan. 1838. Braunschw. VfU. §. 205. Sächs. Gb. Art. 2. Wirt. Gb. Art. 3. Hannövr. Gb. Art. 2. Hess. Gb. Art. 4. Bad. Gb. §. 4. Thüring. Art. 2. Allgemein angenommen ist jedoch ebenso die Ausnahme der Exterritorialität der Gesandten, fremder Regenten und durchmarschirender Truppen. Bauer Abh. I. 166. Hufnagel I. 15. Sächs. Gb. Art. 5. Breidenbach I. 1. S. 276. Hye S. 529. Anders freilich in England und Nordamerika, und theilweise in Frankreich, Belgien, Holland.

6) s. z. B. die Wirt. Mot. §. 4.

7) Dahin gehören das preuß. ALR. und das bair. StrfGb., wogegen das hannövrische wegen des n. 1) Bemerkten wenigstens der Vorwurf der Inkonsequenz nicht trifft. Ueber die prakt. Mißstände s. z. B. Leonhardt I. 60. n. 15.

abgesehen, die dadurch hervorgerufen werden [1]). 3) Der Satz, daß auch Ausländer, die im Auslande delinquirten, in gewissen Fällen den inländischen Strafgesetzen unterworfen sein sollen [2]). Ueber die Fälle selbst herrscht jedoch keine Uebereinstimmung, woraus an sich schon die Prinziplosigkeit der fraglichen Bestimmungen hervorgeht, die denn auch von aufrichtigen Gesetzgebern offen eingestanden wird [3]). Giebt man nämlich den idealistischen Standpunkt A) überhaupt einmal auf, so hat man für die Bestimmungen unter 3) nur noch den politischen Grund, daß der Staat, genöthigt durch den Egoismus andrer Staaten, auf seine eigene und seiner Angehörigen Sicherheit denken müsse. Es wäre nun entschieden ungerecht, wenn man den neueren Gesetzgebungen derlei praktische Erwägungen verdenken wollte. In der That sind sie mehrentheils berechtigt. Denn theils giebt es — wenigstens außerhalb Deutschlands — Gesetzgebungen, die den im Ausland frevelnden Inländer nur dann im Inland strafen, wenn er einen Landsmann verletzte, dagegen nicht, wenn er gegen einen Fremden delinquirte [4]); theils giebt es sogar in Deutschland selbst Gesetzgebungen, welche nur für Verbrechen gegen den eigenen Staat sorgen, nicht aber für solche gegen fremde, namentlich zum Bund gehörige Staaten [5]). Allein dieses Anerkenntniß ändert doch vor Allem nicht die Wahrheit, daß die ganze nothgedrungene Begründung des Strafrechts auf ein Schutzrecht des Staats (für sich oder die Seinigen) eine in sich falsche, einem barbarischen Standpunkte angehörige ist [6]), die denn auch keineswegs verfehlt, in der Anwendung zu mannigfachen Verlegenheiten und Widersprüchen zu führen [7]). Hievon jedoch abgesehen, gehen offenbar

---

1) s. z. B. Wirt. Gb. Art. 3. nr. 2. Sardin. Art. 6. (mit Unrecht von Mohl S. 18 getadelt).

2) Am meisten den unter A) gedachten Gesetzgebungen nähert sich das sächs. Gb. Art. 3. 4, das jedoch zugleich in Beziehung auf die 1. u. 2. genannten Fälle eine eigenthümliche Modifikation hat. — vgl. den neuen Entw. Art. 4., der auch noch jene Annäherung hat, doch in geringerem Maße. — Gewöhnlich werden, was den Selbstschutz betrifft, genannt Verbrechen gegen den inländischen Staat, seine (Behörden oder) Unterthanen. Bair. Prom. Ed. Art. 4. Braunschw. Vfll. §. 205. mit Annäherung an A). Wirt. Gb. Art. 4. Hannöv. Art. 3. Bad. §. 5. 6 (begreift auch Verbr. gegen zeitliche Unterthanen des Inlands). Dagegen nennt das hess. Gb. Art. 5 (vgl. Frankreich, Belgien) bloß Verbrechen gegen den inländischen Staat, die es spez. aufzählt. s. auch Oestr. Gb. §. 38. Thüring. Art. 2. 3. vgl. Hermann z. Beurth. d. sächs. Entw. S. 19—22. Anders in England und NAmerika. Eigenthümlich ist das Sardin. Gb., das den Ausländer, der im Auslande einen Sardinier verletzt, zunächst dem locus del. comm. zur Bestrafung anbietet.

3) s. die Wirt. Mot. §. 4.

4) So namentlich das franz. Recht, das aber in diesem Punkt von Franzosen selbst für mangelhaft erklärt wird. s. krit. Ztschr. a. a. O. S. 74 ff. und Citate b. Mitterm. n. 3. z. Feuerb. §. 31. Der Code hat die Feuerb. Theorie. vgl. dag. das belg. Recht N. Arch. 1838. S. 14. Noch weiter geht das englische und nordamerikanische Recht, die ihre im Ausland delinquirenden Angehörigen gar nicht strafen.

5) Jetzt fällt Preußen weg, und bleiben nur Baiern und Hannover zum Theil übrig. vrgl. Hye S. 532. Note.

6) Daher man eben hier von vol. non fit injuria, benef. non obtruduntur. Nothwehr, Satisfaktion u. dgl. lange Litaneien hört. s. z. B. Breidenbach I. 1. S. 257. 258. Leonhardt I. 54. 55. Auf diesen Standpunkt stellt sich auch der Bundesbeschl. 18. Aug. 1836. Art. 2. (s. Mannkopf preuß. Strafr. S. 55).

7) s. z. B. die ganz grundsatzlose Darstellung im N. Arch. 1838. S. 16. 17.

die neueren Gesetzgebungen viel zu weit, wenigstens was das sog. Schutzrecht für die eigenen Angehörigen betrifft. Unfehlbar ist es ein Unrecht, wenn fremde Rechte (wie das französische) die eigenen Unterthanen nicht ausliefern lassen, dieselben aber gleichwohl nicht strafen, falls sie im Ausland einen Ausländer verletzen. Aber [1]) solchen Staaten gegenüber sind eben nur Retorsionsmaßregeln, völkerrechtliche Genugthuungsforderungen [2]) ꝛc. am Platz, wogegen auf das verletzte Interesse kein Strafrecht begründet werden darf. Solche völkerrechtlichen Maßnahmen ständen denn auch dem Deutschen Bunde sehr wohl an. Aber ein offenbares Skandal ist es, daß die Staaten des deutschen Bundes [3]) einander gegenüber ein solches Schutzrecht gesetzlich fixiren zu müssen glauben, — und noch mehr, es ist lächerlich, da ja alle neueren deutschen Gesetzgebungen nicht nur das Territorialprinzip, sondern zum Ueberflusse noch den Grundsatz unter 2) aufgenommen haben [4]). Anders verhält es sich allerdings mit den Verbrechen gegen den Staat, aber auch nicht so schlimm, daß der herrschende Galimathias der Gesetzgebung ganz entschuldigt werden könnte. Denn abgesehen von den außerdeutschen Rechten, hinsichtlich derer das eben Gesagte zu wiederholen ist, ist in Deutschland nur noch Baiern [5]) mit der ausdrücklichen Anerkennung im Rückstand, daß Verbrechen gegen andere Bundesstaaten den einheimischen Strafgesetzen unterliegen. Wirtemberg hat sogar sein Hochverrathsgesetz für allgemein (nicht einmal mit Beschränkung auf deutschen Boden) anwendbar erklärt [6]). Hessen hat die deutschen Bundesstaaten dem einheimischen gleichgestellt [7]). Die übrigen neuen Gesetzgebungen [8]) bedrohen Delikte gegen befreundete (also namentlich Bundes-) Staaten jedenfalls mit Strafen, wenn auch mit geringeren, als die gleichen Vergehen gegen den eignen Staat. — Offenbar liegen in alldem bedeutende Fortschritte, deren konsequenter Abschluß von selbst dazu führen muß, daß die Staaten des deutschen Bundes wenigstens einander gegenüber die Bestimmungen unter 3) ganz fallen lassen und sich mit denen unter 1 u. 2 begnügen,

---

1) Ganz abgesehen davon, daß das französ. Recht dem forum. del. comm. keinerlei Hinderniß in den Weg legt, falls es nur flink ist!

2) Heffter §. 26. n. 3. Breidenbach S. 272. Leonhardt I. 68, — die jedoch Hufnagel I. 12 (der Jarcke I. S. 297 folgt) mit Unrecht tadeln, da sie hinsichtlich der Inländer es um nichts besser machen. vgl. Wirt. Gb. Art. 3. nr. 2 (vgl. Breidenbach S. 257. 258. Bair. VO. 28. Juni 1823. Bair. Entw. Art. 14.

3) Hessen-Darmstadt macht eine rühmliche Ausnahme, wird aber deshalb getadelt von Breidenbach I. 1. S. 272—274 (vgl. Bopp S. 3. n. *); s. jedoch eb. S. 241. 42.

4) Daß Staaten, die weder aus dem einen, noch dem andern Grund ein Strafrecht haben, mindestens zur Auslieferung gemeiner Verbrecher sich verpflichten müßten, sollte nicht bezweifelt werden. Wirth Eth. II. 357. vgl. indessen Heffter VR. §. 63. II. Der o. a. Bundesbeschl. hat umgekehrt mit der Verpflichtung zur Auslief. polit. Verbrecher angefangen.

5) s. jedoch Entw. Art. 109.

6) Mot. z. Art. 130 (d. Entw.) vgl. Ges. 26. Okt. 1806. Hufnagel I. 7. 8. 11.

7) Art. 4. S. 1. vgl. Braunschw. Mot. §. 2. 86. 126.

8) Sächs. GB. Art. 89—92. 268. Hannövr. Art. 128, 4. 129, 3. Braunschw. §. 86. 126. u. bes. die Motive dazu. Bad. §. 596. Preuß. §. 78—81. Thüring. Art. 4. 77. 78. 96—98. u. bes. Einführ.Ges. Art. 11. Oestr. §. 66.

die nur richtiger gefaßt werden müssen, als es gewöhnlich [1]) geschieht. Durch eine solche richtigere Fassung (s. den §.) erledigen sich zugleich die übrigen Zweifel und Mißverständnisse, von denen ob. die Rede war. Was namentlich a) die Frage betrifft, welche Strafgesetze auf einen [2]), der im Auslande delinquirt hat, angewendet werden sollen, so weichen hier die neueren Gesetzgebungen noch sehr von einander ab. Während in früherer Zeit für mehrere Länder die im §en ausgef. Ansicht als unbezweifelte Praxis bezeugt ist (s. o.), sind mehrere der neuen Gesetzgebungen der Meinung gefolgt, daß im Inland stets nur das Gesetz des Inlands zur Anwendung kommen dürfe, mithin auch dann, wenn die Handlung am Orte ihrer Begehung gar nicht oder geringer strafbar wäre [3]). Diese abstrakte Ansicht, deren Rechtfertigung nur auf dem einseitig festgehaltenen Souveränitätsprinzip und auf Zweckmäßigkeitsrücksichten beruht, ist jedoch wegen ihres unläugbaren Widerspruchs gegen das allerseits als richtig anerkannte Territorialprinzip ebenso verwerflich, als die ebenso abstrakt entgegengesetzte, daß nur die Gesetze des Orts der begangenen That angewandt werden dürfen [4]) (womit dem inländischen Staate eine völlige Verläugnung seines konkreten Rechtsbewußtseins zugemuthet würde). Mit Recht sind daher mehrere neueren Gesetzgebungen [5]) wenigstens relativ (so weit nämlich das Delikt des Inländers im Ausland gegen einen ausländischen Staat, seine Behörden oder Unterthanen gerichtet ist) zu jener früheren Ansicht zurückgekehrt, nur freilich in ungleichförmiger, oft inkonsequenter und schiefer Weise. Abgesehen nämlich von der Unvollständigkeit der Anerkennung des richtigen Prinzips in allen betreffenden Gesetzgebungen, ist sogar dieses Prinzip selbst nur in Oestreich, Hannover und Baden [6]) richtig ausgesprochen, während in Wirtemberg und Hessen [7]) nicht auf das Gesetz des

1) wie namentlich von Breidenbach u. Leonhardt a. a. O. Annäherungen an die hier vorgetragene Ansicht s. bei Berner S. 149 f.

2) Hier ist nun nach dem Vorstehenden natürlich nur noch von einem Inländer die Rede.

3) Oestr. GB. §. 30 (während §. 34 der richtige Grundsatz bei Ausländern angewandt ist). Wirtemb. Ges. 26. Okt. 1806. Hannövr. VO. 26. Febr. 1822. §. 2. 3. (wenn das Delikt gegen den inländ. Staat od. einen Inländer gerichtet war. Bair. Publ. Pat. Art. 3. Sächs. GB. Art. 2. Hannövr. Art. 2. (theilweise eben wie in der angef. VO.) Braunschw. §. 2. Wirt. Art. 3 (wie das hannövr.), ebenso das hessische Art. 4. und das badische §. 4. Thüring. Art. 2.

4) Heffter §. 150. n. 1.

5) Wirt. Gb. Art. 3. Hannöv. GB. Art. 2. Hess. GB. Art. 4 nr. 1. Bad. GB. §. 4. Uebrigens enthält noch das hess. GB. Art. 3 eine ganz singuläre, mit Unrecht von Breidenbach S. 224—226 empfohlene und von Hufnagel III. 37 adoptirte Bestimmung über das for. del. commissi. Jetzt ist der Art. 4. nr. 1. durch das hess. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 1. aufgehoben, was Berner S. 116 und Mohl S. 19 übersehen. (Bopp 79—281). — Mit Unrecht wird das Wirt. GB. Art. 3 getadelt von Mohl S. 18.

6) Oestr. GB. (1852) §. 39. 40. Hye S. 533. 539. Bad. §. 4. vgl. §. 6. Hannövr. Art. 2. S. 2. (Freilich harmonirt dieß nicht mit den Motiven, wovon die Stände ausgiengen. Aber um so besser, wenn sie trotzdem zum Richtigen gekommen sind). Die Schwierigkeiten, welche Leonhardt I. 54, 55. auf der Grundlage des hiernach aufgegebenen falschen Prinzips erhebt, sind praktisch in der That nicht vorhanden.

7) Wirt. GB. Art. 3. nr. 1. Hufnagel I. 9 ob. Hess. GB. Art. 4. nr. 1. (aufgehoben). Breidenbach I. 1. S. 257. 258.

locus delicti commissi, sondern auf das Gesetz des unmittelbar oder in seinen Behörden oder Unterthanen verletzten Staats gesehen, mithin nur die verwerfliche Maxime vol. non fit injuria anerkannt und unlösbaren Schwierigkeiten Thür und Thor geöffnet wird [1]). Denn, die Richtigkeit dieser Begründung vorausgesetzt, hätte doch konsequenter Weise dasselbe auch für Verbrechen angeordnet werden müssen, die ein bleibender oder zeitlicher Unterthan vom Inlande aus gegen einen fremden Staat oder seine Unterthanen verübt [2]). Allein diese Konsequenz wird im hess. GB. ausdrücklich geläugnet [3]), während das wirtemb. verschiedenen Zweifeln Raum giebt. Nach seinem Wortlaut und den Verh. wären zunächst nur im Auslande begangene Handlungen gemeint [4]); dagegen spricht jedoch die ausdrücklich angef. ratio legis, und noch mehr die im Art. 5 ganz allgemein (ohne Unterscheidung des Orts) festgesetzte mildere Bestrafung der von einem verletzten fremden Staate mit geringerer Strafe bedrohten Verbrechen; und zwar um so gewisser, als in diesem Art. 5 den bleibenden Unterthanen die zeitlichen gleichgestellt sind, letztere aber ganz absurd behandelt wären, wenn nicht Art. 3. nr. 1 allgemein genommen und auch auf sie bezogen werden müßte. — Wenn jedoch (s. o.) das hannövr. GB. allerdings das richtige Prinzip aufstellt, so begeht es seinerseits wieder die Inkonsequenz [5]), das Prinzip, das im Fall der Straflosigkeit am Ort der Begehung der That ausgesprochen ist, nicht auch im Falle der geringeren Strafbarkeit zur Anwendung zu bringen. — Selbst das bad. GB. aber, welches wenigstens an allen diesen Fehlern nicht leidet, hat doch mit den übrigen noch den Grundmangel gemein, daß es das von ihm richtig herausgehobene Territorialprinzip ganz willkührlich beschränkt [6]). b) Hinsichtlich der Frage, ob ein nach auswärtigem Rechte eingetretener Grund der Tilgung der Strafbarkeit bei auswärts begangenen Delikten im Inland zu respektiren sei, beobachten mehrere neuere Gesetzgebungen [7]) wenigstens ein Stillschweigen, das um so unverzeihlicher ist, je mehr sie durch die beliebte Häufung verschiedener Strafberechtigungen provozirt wird. Allein auch diejenigen, welche sie ausdrücklich entscheiden, lassen mehr oder weniger zu wünschen übrig. Am meisten das

1) Jedenfalls ist damit das Strafrecht des Staats, in welchem das Delikt begangen ist, falls es nicht ihn trifft, trotz des sonst anerkannten Territorialprinzips in die Luft gestellt, daher die Unsicherheit bei Breidenbach S. 270—272.

2) Breidenbach S. 258 n. 3.

3) Art. 4. nr. 1. z. Art. 5 a. E. (s. jed. Ges. 23. Febr. 1849 Art. 1).

4) Komm.ber. S. 10. Vhdl. d. Abg.Sitz. 5. S. 26 unt. Minist.Vortrag in XII. S. 99. 100. In den Kommentaren ist der Punkt übergangen.

5) Leonhardt I. 54. vgl. dag. Wirt. GB. Art. 5., wo aber wieder die Unterthanen des fremden Staats fehlen (?!) Bad. GB. §. 4. S. 2.

6) §. 4—6. Dasselbe geschieht noch in höherem Grade im östr. GB. (1852) §. 36 (anders freilich bei Ausländern, die im Auslande delinquirt haben (§. 39. 40. 234. vgl. sächs. Entw. Art. 5).

7) z. B. das Oestreichische (1803), Bairische, Sächsische, Braunschweigische GB. Zwar enthalten diese Gbücher alle den allg. Satz: non bis in idem. Oestr. §. 204. Bair. 137. Sächs. Art. 73. Braunschw. §. 68, und die Kommentatoren zweifeln meist nicht an seiner Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall. Jenull I. 326. 327. Weiß S. 301. Brehm. S. 227 ꝛc. Allein die nach dem Souveränetätsprinzip relativ nicht unberechtigte gegentheilige Ansicht von Heffter u. A. (s. o.) zeigt, daß ausdrückliche Bestimmungen hier sehr am Platze gewesen wären. Den schlagendsten Beleg dazu giebt das hannövr. Recht. s. Leonhardt I. 55—58.

hannövr. GB., das hier ein wahres Muster von Inkonsequenz darbietet [1]). Auch das bad. GB. nimmt nur Freisprechung und Bestrafung auf (§ 8), ohne jedoch zwischen den Objekten der fraglichen Verbrechen zu unterscheiden. Eigenthümlich ist das hessische [2]). Das wirtemb. läßt zwar allen Tilgungsgründen der Strafbarkeit die gleiche Würdigung zu Theil werden, unterscheidet auch nicht, gegen wen das Verbrechen gerichtet ist, beschränkt jedoch — wenigstens dem Wortlaute nach — den Satz auf Verbrechen, die ein Inländer im Auslande begangen hat [3]). Das östr. (1852) §. 36. will, daß die im Ausland erlittene Strafe „eingerechnet" werde [4]). C) Ein abermaliger Fortschritt stellt sich, namentlich im Vergleich gegen die früheren Entwürfe, in dem preuß. StrafGB. dar [5]). Dasselbe stellt das Territorialprinzip nicht nur als die Grundregel an die Spitze, sondern erklärt zugleich ausdrücklich die Alleingiltigkeit desselben (§. 4, S. 1), obwohl es Ausnahmen stattfinden läßt, die sich theils auf den Grundsatz der Nichtauslieferung der Unterthanen (§. 4. nr. 3), theils freilich auch noch auf das durch den Egoismus andrer Staaten geschaffene Selbstschutzrecht des Staats [6]) gründen. Das Strafrecht in den Ausnahmsfällen ist aber nur fakultativ [7]) gestellt und — abgesehen von den politischen (§. 4. nr. 1. 2) — sowohl die Ausgleichung des Grundsatzes der Nichtauslieferung der Unterthanen mit dem Territorialprinzip, als die Durchführung des Satzes: non bis in idem im Wesentlichen richtig vollzogen (zu vermissen ist nur die in der Konsequenz gelegene Berücksichtigung der im Auslande gedrohten milderen Strafe). — Nahezu dasselbe gilt auch von dem neusten bairischen Entwurf. Auch hier ist das Territorialprinzip als leitende Grundregel aufgestellt und die Ausnahme hinsichtlich der Inländer

1) Art. 2. 3. 86. vgl. VO. 26. Febr. 1822, wornach allerdings die von Leonhardt a. a. O. und S. 70. 71 gegebene Auslegung als richtig erscheint.

2) sofern es zwar den Satz: non bis rc. bei Freisprechung und Bestrafung selbst für Verbrechen gelten läßt, die bleibende oder zeitl. Unterthanen vom Inlande aus begehen, jedoch nur, wenn unmittelbar od. mittelbar ein fremder Staat das Objekt ist. Ueber die nachläßige Fassung s. Breidenb. S. 270—72. 275—76. Die Begnadigung soll nur wirken, wenn sie vom beleidigten (!) Staat ausgieng. Die Verjährung wird übergangen. Art. 4. nr. 2—4. Art. 5 Schlußsatz.

3) GB. Art. 3. nr. 3. f. jedoch wegen der „sich von selbst verstehenden" Anwendung auf Ausländer die Motive §. 4.

4) s. darüber Hye S. 515 f., bei Vergehen und Uebertretungen ist das Richtige bestimmt. §. 235. vgl. preuß. GB. §. 4. sächs. Entw. Art. 8, der eine genauere Formulirung enthält, Bair. Entw. Art. 13.

5) §. 3. 4. vgl. Schwarze im N. Arch. 1833. Beil.H. S. 31—33. Zachariä eb. 1848. S. 5—8. Beseler S. 70—78. Temme Glossen S. 50 f. Goldtammer I. 57—72.

6) §. 4. nr. 1. 2. vgl. die Motive b. Beseler S. 74. Sonderbar ist nur freilich, daß die preuß. Gesetzgebung hier nicht durch großherziges Vorangehen (vgl. Goldtammer I. 60. n. 3.) den Knoten zerhauen, sondern lieber denselben Weg der Halbheit beschritten hat (§. 78—81), wie Sachsen, Hannover, Braunschweig, Baden. So müssen denn hinsichtlich des Grundsatzes non bis rc. in derlei Fällen die Motive auf Staatsanwaltschaft und Gnade verweisen. Beseler S. 78. s. noch Goldtammer I. 67—71.

7) hiemit ist indessen hinsichtlich der nr. 3 des Guten zu viel gethan. Liefert das Inland seinen Bürger nicht aus, so muß es strafen. A. M. Berner. Andrerseits ist die Bestimmung des §. 24, die freilich auch nur fakultativ gestellt ist, inkonsequent und ungerecht. Beseler 131. 132.

richtig auf das praktische Gebiet der Nichtauslieferung zurückgeführt [1]). Gleichwohl ist der theoretische Pfahl des Prinzips der absoluten Unterwerfung der Inländer unter das inländische Gesetz noch im Fleische stecken geblieben [2]). Zugleich ist auch der Grundsatz des Selbstschutzrechts des Staats viel weiter, als im preuß. GB., ausgedehnt (auf Verbrechen gegen bair. Unterthanen). Dagegen ist der Grundsatz: non bis etc. — mit Ausnahme der Staatsverbrechen — anerkannt und dabei nur der Begnadigung im Auslande die gerechte Würdigung vorenthalten [3]).

b) Einfluß der Zeit.

§. 24.

Aus dem gleichen Grunde ist das positive Recht in Beziehung auf Verbrechen (das Strafgesetz im w. S.) dem Prozesse des Entstehens und Vergehens unterworfen. 1) Das Gesetz fängt an praktisch giltig zu sein, wenn das ihm zu Grunde liegende allgemeine Wissen und Wollen in der ihm angemessenen Form der Allgemeinheit, — als erkennbare Gewohnheit oder als verkündetes Gesetz — in das Dasein getreten ist. 2) Es hört auf giltig zu sein, wenn ein verändertes allgemeines Wissen und Wollen in einer dieser Formen offenbar wird. Eben aus dieser Abhängigkeit des positiven Rechts von der Kategorie der Zeit entsteht aber 3) eine Antinomie hinsichtlich der Frage über Rückwirkung neuer Strafgesetze. Einerseits verlangt das Recht über Verbrechen, als ein absolutes, gegen die Interessen der Person indifferentes, vom Augenblicke seines Existentwerdens an absolute Geltung. Andrerseits ist es ungerecht, ein neues Strafgesetz auf eine Handlung anzuwenden, die zu einer Zeit begangen wurde, in welcher nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung diese Handlung als erlaubt oder doch als geringeres Vergehen galt. Zwar scheint nun aus demselben Grunde auch die Nichtrückwirkung eines milderen Strafgesetzes zu folgen. Allein, so gewiß der Verbrecher selbst sich nicht beklagen könnte, wenn das übertretene Gesetz noch jetzt auf ihn angewandt würde, so gewiß würde der Staat ein Unrecht gegen sich selbst begehen, wenn er ein Recht noch wiederherstellen wollte, das er ganz oder relativ nicht mehr als solches erkennt (vgl. §. 23). Die Antinomie löst sich mithin in dem Grundsatze, daß ein milderes Strafgesetz absolute Giltigkeit, ein härteres dagegen keine rückwirkende Kraft hat. N. Rev. S. 750—754.

---

1) viel zu engherzig ist aber Art. 10. S. 2.

2) die Folge ist eine durchaus mangelhafte Durchführung der Ausgleichung mit dem Territ.prinzip in Bez. auf auswärts straflose od. geringer strafbare Handlungen. Art. 10. S. 2. vgl. Art. 12.

3) Art. 13. — Der sächs. Entwurf Art. 2—8 folgt im Wesentlichen dem östr. GB. (der Art. 8 weicht indessen und zwar in treffender Weise ab; auch der Art. 4 macht die Ausländer nur in beschränkterer Weise verantwortlich und in vielen Fällen bedarf es zur Untersuchung einer besonderen Anordnung des Justizministeriums).

1) Der innere Giltigkeitsgrund des Gewohnheitsrechts [1]), wie des Gesetzes ist in der allgemeinen Rechtsüberzeugung zu suchen. Allein wie jeder Inhalt auch eine ihm angemessene Form braucht, um sich als Dasein behaupten zu können, so muß auch die allgemeine Rechtsüberzeugung, um in der einen oder andern Weise als Rechtsnorm zur Existenz zu gelangen, eine solche äußere Form annehmen [2]). Diese Form bildet aber beim Gewohnheitsrechte eben die Gewohnheit, beim Gesetze dagegen die in dem jeweiligen Rechte begründete Summe von Erforderniſſen für die Entstehung eines Gesetzes im e. S. — In beiden Formen hat mithin die Rechtsnorm als solche eine bestimmte Entstehungszeit, die nicht mit der Entstehung der zu Grunde liegenden Rechtsüberzeugung selbst zusammenfällt [3]), und nur beim Gew.recht sich minder scharf fixiren läßt, als im andern Fall. Bei jenem entsteht die Rechtsnorm als solche dann, wenn der betr. Rechtssatz eine so lange, konstant und gleichförmig wiederholte Uebung für sich hat, daß er als ein opinione necessitatis geübter erscheint [4]). Eben durch diese Erprobung erlangt es seine zwingende Kraft, daher jene nicht bloßes Erkenntnißmittel ist. Zu dieser positiven Bedingung kommt dann noch die negative, daß der fragliche Rechtssatz nicht den guten Sitten, der Vernunft oder den Grundbegriffen des Rechts widersprechen darf [5]). Im Strafrechte sind nun (abgesehen von den Zeiten ältester Rechtsbildung) nur die richterlichen Urtheile das Medium, in welchem ein Gewohnheitsrecht hervortreten kann. Es ist jedoch ein bloß doktrineller Gerichtsgebrauch, der einer besseren Ueberzeugung weichen muß, wohl zu unterscheiden von einem solchen, der sich als Träger eines wahren Gewohnheitsrechts ausweist und eben deshalb gesetzliches Ansehen anzusprechen hat [6]). — Beim Gesetze kommt hiebei Alles auf die Bestimmungen der jeweiligen Verfassung

---

1) Puchta Gewohnh.-Recht. 2 Thle. 1828. 1837. Ders. Pandekten §. 11—13. Curs. d. Instit. I. §. 13. v. Savigny System I. §. 12. 18. 25. 27—30. Göschen Vorlesungen I. 80 f. Mohl Wirt. Staatsr. 2. A. I. 75 u. 78 c. Luden Hdb. I. S. 133—140. vgl. jedoch Mühlenbruch Pand.R. §. 37—39. Kierulff Civil.R. I. S. 9. Wächter Wirt. Priv.R. II. §. 9. 10. (Veraltete Ansichten bei Grolman §. 128. Schröter S. 61 ꝛc.).

2) l. 32 §. 1. l. 35. 36. 40 D. de legib. (1. 3).

3) Unklar hierüber ist Luden I. S. 134. n. 3.

4) l. 33. 35. 37. 38 D. de legib. (1. 3). l. 3 §. 6 D. de testib. (22. 5). l. 1. 3. C. quae sit longa consu. (8. 53). Dagegen braucht es keiner Genehmigung des Gesetzgebers u. dgl. Puchta Gew.R. II. 11 ff. Pand. §. 12. not. 1. Wächter W. Priv.R. II. S. 34. 35.

5) l. 39 D. de legib. (1. 3). l. 2 C. quae sit l. consu. (8. 53). P.G.O. Art. 104. 135. 215, 218. Nov. 14 hinter d. Wirt. LO. (G.R. 1621 §. 1).

6) vgl. Puchta Gew.R. I. 161 f. II. 14 f. Pand. §. 16. v. Savigny Syst. I. §. 14. 19. 20. Gerber D. Priv.R. §. 30. — Gegen ältere Ansichten von Thibaut, Grolman, Mühlenbruch, Göschen ꝛc. s. Jordan im Civil.-Arch. VIII. 239 f. Wächter a. a. O. §. 10. bes. n. 6. Luden I. 136 n. 6 und bes. Wächter Gem. R. S. 111 ff. vgl. auch Beseler Volksr. und Juristenr. S. 58 f. Auf solchem wahrem Gew.Recht beruhte zuletzt großentheils das Deutsche Straf-R. Gegen die Ansicht, welche die Wissenschaft als selbständige Quelle des Rechts im prakt. Sinne geltend machen will (Abegg Lb. §. 16. Heffter §. 14 n. 9. 10), s. Wächter Gem. R. S. 114. 115. Luden I. 142. n. 4. So wird es nur mittelbar, wo das Gesetz ausdr. auf Doktrin u. Praxis verweist. s. Krug Gesetzauslegung. S. 14. In Hannover ist durch Ges. v. 7. Sept. 1838 den Präjud. des obersten Gerichts Gesetzeskraft beigelegt.

an. Daß das Strafgesetz verkündet sein müsse, um praktische Geltung zu haben, ist schon aus den Quellen des gemeinen Rechts, namentlich aus den Bestimmungen über Rechtsunwissenheit zu entnehmen [1]). Gleichwohl kamen in Partikularrechten auch stillschweigende, d. h. lediglich an die Gerichte ausgeschriebene [2]) Strafgesetze vor (so z. B. in Sachsen und Wirtemberg) [3]). Allein gesetzt auch, die gemeinrechtlichen Quellen hätten hiefür eine Rechtfertigung enthalten [4]), so ist doch entschieden neuerdings die allgemeine Meinung für die Publikation der Strafgesetze [5]). Den schlagendsten Beleg dafür liefern die längst vor dem Eintritt des konstitutionellen Systems erlassenen, durch den Druck verbreiteten Gesetzbücher von Baiern, Preußen [6]) und Oestreich. Allein eine haltbare Gewähr gegen Mißbräuche der gedachten Art [7]) geben nur die Verfassungen der Neuzeit, sofern sie theils die Publikation ausdrücklich zur Bedingung der Anwendbarkeit des Gesetzes, theils den namentlich für das Gebiet des Strafrechts höchst wichtigen Unterschied zwischen eigentlichen Gesetzen und bloßen Verordnungen [8]) machen. Nach diesen Bestimmungen erscheint auch das Gesetz wieder unmittelbar auf den allgemeinen Willen als die alleinige Quelle alles Rechts [9]) zurückgeführt; es hat sich, wie das Gewohnheitsrecht, in einer bestimmten Form zu verkörpern [10]) und in dieser erlangt es den selbstverständlichen Anfangspunkt seiner Giltigkeit mit seiner allgemeinen Verkündung [11]), es wäre denn, daß das Gesetz selbst für den Eintritt seiner Wirksamkeit einen späteren Zeitpunkt festsetzte [12]).

---

1) l. 9 C. de legib. (1. 14). l. 12 C. de j. et f. ignor. (1. 18). P.G.O. Art. 104. — Die l. 14 §. 14 D. de relig. (11. 7). l. 3 §. 4 D. de sep. viol. (47. 12). l. 131 §. 1 D. de V. S. (50. 16), auf die man sich auch beruft, gehören nicht hierher. Feuerbach §. 20. Martin §. 13. 21 u. A. mischten hier ihre Straftheorieen ein. s. dag. Grolman §. 11—13. Schröter I. S. 56—58. Abegg §. 57. 58. Heffter §. 20. N. Rev. S. 659. Berner Wirkungskreis d. Strafgesetz. S. 20 ff.

2) Etwas Andres versteht darunter Kleinschrod syst. Entw. I. §. 12. 13.

3) Wächter Abh. I. S. 6. 7. Ders. Lb. I. S. 18 unt.

4) vgl. Heffter §. 18. 21.

5) Abgesehen von der Einmischung philosophischer Theorieen, hat man überhaupt hier mehrfach ganz verschiedene Fragen durcheinander geworfen, z. B. die Frage, ob es neben dem Gesetz überhaupt noch andere Quellen des Strafrechts gebe (Rein Krim.R. d. Röm. S. 221), ob es an einem verbietenden Gesetze überhaupt genüge, od. eine bestimmte Strafdrohung nöthig sei (Kleinschrod a. a. O., vgl. II. §. 118 u. Heffter §. 19), ob Analogie im Strafrecht zuläßig sei (Roßhirt Entw. S. 25 ff. Mitterm. z. F. §. 5). Geib im N. Arch. 1836. S. 204 ff.

6) vgl. A.L.R. Einl. §. 10.

7) Vertheidigt freilich noch von Schröter I. S. 56—58. s. aber selbst Roßhirt Entw. S. 362. 363. vgl. Krug Gesetzesauslegung. S. 11.

8) Wächter Wirt. Priv.R. II. §. 2. n. 5. 10. §. 5. (bes. S. 19. 29. 30). Mohl Wirt. Staatsr. I. §. 38. bes. not. 3.

9) l. 32 §. 1 D. de legib. (1. 3). Luden Hdb. I. S. 137 n. 7.

10) s. das Nähere im Staats-Recht. Für Wirt. s. Wächter a. a. O. S. 22.

11) Klüber Bund.R. §. 362. Heffter §. 21 n. 1. Wächter a. a. O. II. §. 6. u. über das Prüfungsrecht des Richters eb. §. 7 u. Puchta Pand. §. 15. not. o. Dag. ist wieder Krug a. a. O. S. 68 f.

12) wie meistens die neueren Strafgesetzbücher. Was Wächter S. 25 n. 5. sagt, ist unklar und verwirrend; s. jedoch S. 185. 186. Die noch von Oersted aufgewärmte Meinung von Quistorp (s. N. Rev. S. 753) ist allg. aufgegeben. s. die neuen Einführungsgesetze z. B. hessisches Art. 3. hannövrisches Pat. §. 6 ff.

2) Eine Rechtsnorm kann geändert oder aufgehoben werden nur durch ein Organ, welches fähig ist eine solche einzuführen [1]), mithin nur durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht. Der einfachste Fall ist der, wenn ein Gesetz seinen Erlöschungsgrund in sich selbst trägt [2]), oder wenn sein Gegenstand wegfällt [3]), oder wenn der Rechtsgrundsatz, wovon das Gesetz eine bloße Konsequenz ist, aufgehoben wird [4]). Das neue Gesetz kann die ältere Rechtsnorm ausdrücklich oder stillschweigend, ganz oder theilweise abschaffen (resp. ändern). Hierüber gelten dann dieselben Grundsätze, wie in andern Rechtstheilen [5]), namentlich auch hinsichtlich der Frage, inwieweit mit der Aufhebung einer Rechtsregel auch die von derselben bestandenen Ausnahmen als aufgehoben anzusehen seien [6]). Sehr bestritten ist nun aber von jeher die Frage, ob ein Strafgesetz durch Gewohnheitsrecht aufgehoben werden könne? Was hier das gemeine deutsche Strafrecht betrifft, so ist es eine (durch die Geschichte hinreichend belegte) Thatsache, daß die gesetzgebende Gewalt Jahrhunderte lang ihre Schuldigkeit nicht gethan und infolge davon [7]) an die Stelle des geschriebenen Rechts ein im höchsten Maße derogatorischer, großentheils auf wahrem Gewohnheitsrecht fußender [8]), freilich aber auch zum Theil willkührlicher und in den trostlosesten Partikularismus zerfallender [9]) Gerichtsgebrauch sich gesetzt hat. Dieser Thatsache gegenüber befand sich die Theorie des 19. J.H. in einer schlimmen Lage. Am bequemsten war es, dieselbe ganz zu ignoriren [10]), nur eben nicht praktisch. Feuerbach, der zuerst mit der Energie eines Mannes der Idee der gänzlichen Anarchie der ver-

1) Puchta Pand. §. 17. Wächter a. a. O. §. 27. 28.

2) z. B. nur auf eine bestimmte Zeit od. als transitorisch gegeben ist (wie Einführungsgesetze, Kompetenzgesetze ꝛc.).

3) Wie das „deutsche Reich" im Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 22. Reichliche Anwendung litt dies im gem. Recht in Bez. auf eine Menge Bestimmungen des röm., kan. und Reichsrechts.

4) Nicht mit der vagen Maxime: cessante ratione legis cessat lex zu verwechseln.

5) Da über diesen Punkt meist sehr flüchtig weggegangen wird (s. z. B. Marezoll S. 72), so ist es am Platz, wenigstens darauf aufmerksam zu machen, daß er bei dem Reichthum gesetzgeberischer Thätigkeit gerade im Strafr. von besonderer Wichtigkeit ist, vorab bei der fragmentarischen Gestalt der neuen Polizeistraf-Gesetzgebungen (Mohl im N. Arch. 1840. Beil.H. S. 28—32), aber auch bei den Strafgesetzbüchern selbst, die keineswegs das Verhältniß zum frühern Recht immer mit erforderlicher Umsicht und Genauigkeit bestimmen (s. z. B. Hufnagel II. S. 868—879. Goldtammer I. 5—10), am meisten endlich bei den Novellen, wie sie die Jahre 1848 und 1849 hie und da gebracht haben.

6) s. Thibaut Civ.Abh. nr. VII. und Wächter a. a. O. §. 28. Als Beisp. z. 2. a.) kann in Wirt. das neue Ehrenstrafsystem gegenüber der älteren Infamie dienen, zu 2 b.) die jetzt als Regel auftretende Straflosigkeit der nahen Verwandten in den Fällen des Straf-Gb. Art. 93. 94, zu 2 c.) die Bestimmungen des GB. über den Rückfall, zu 2 d.) der Art. 422, 2. des GB. z. Art. 29, 3. der Nov. vom 13. August 1849.

7) vgl. Wächter Gem.R. S. 110—143. Luden Hdb. I. 88—92. Jarcke I. 61.

8) Wächter Gem.R. S. 135—137. Zum Theil A. M. Luden I. 106. 107. s. jedoch auch S. 134—140 und Wächter n. 176.

9) Wächter a. a. O. S. 120—135. 138—143. vgl. Biener im N. Arch. X. 492—495.

10) wie Martin; s. dag. Wächter a. a. O. S. 137.

milderten Praxis entgegentrat, gieng dann seinerseits viel zu weit, wenn er alle Aenderungen des Gerichtsgebrauchs in Bausch und Bogen nicht als Recht, sondern bloß als Thatsache (wie Staatsrevolutionen) anerkennen wollte [1]). Das andere Extrem bildete die Ansicht, wornach die Anwendbarkeit der Strafgesetze sich überhaupt nur nach den jeweiligen Sitten und Verhältnissen bestimmen soll [2]). Ebensowenig taugte aber eine vermittelnde, wesentlich auf gleichem Grunde mit der Feuerbachischen (darauf nämlich, daß der Wille des Gesetzgebers die einzige oder wenigstens unentbehrliche Quelle des Rechts sei) ruhende Meinung, welche die Rechtfertigung der derogatorischen Praxis der letzten Jahrhunderte in der stillschweigenden Billigung des Gesetzgebers suchte [3]) und um so mehr deshalb suchen zu dürfen glaubte, weil im 18. Jh. der fürstliche Absolutismus in Flor gekommen und der Gebrauch eingerissen war, den Fürsten (d. h. den Gesetzgebern) alle wichtigeren Strafurtheile zur Bestätigung vorzulegen. Diese trostlose Kontroverse ist durch die neuen Strafgesetzgebungen abgeschnitten. Allein auch jetzt erhebt sich noch relativ die Frage, ob ein Strafgesetz durch Gewohnheitsrecht rechtlich abgeändert werden könne? Darauf ist nun einfach zu antworten [4]), daß in einem wohlorganisirten Staate die Frage nach der Berechtigung einer solchen derogatorischen Gewohnheit gar nicht entstehen kann, weil es hier in der Voraussetzung liegt, daß alle diejenigen Elemente, welche allein der Gewohnheit ihre rechtliche Kraft verleihen, schon auf dem Wege der Gesetzgebung selbst ihre richtige Auffassung und rechtzeitige Erledigung finden, daß aber eben deshalb jene Berechtigung alsbald wieder eintritt [5]), wenn die gesetzgebende Gewalt ihre Schuldigkeit nicht thut, wofür nur freilich, wie überall beim Gewohnheitsrecht, kein absolutbestimmter Zeitpunkt sich fixiren läßt.

---

1) Lb. §. 5. Anm. s. dag. Wächter a. a. O. S. 137, der jedoch Wirt. Priv.R. II. S. 37. 38. auf denselben Standpunkt rekurrirt; s. auch Dens. Gem. R. S. 122 ob. — Gegen v. Preuschen Gerechtigkeitstheorie II. 111. s. Puchta Gew.R. II. 111 ff. 240 ff. Luden I. 136 n. 6. Morstadt n.* zu Feuerb. a. a. O.

2) Schröter Hdb. 1. §. 31. Jordan Auslegung d. Strafges. S. 107—109. Tittmann Hdb. I. §. 12 u. im Grunde auch Jarcke I. 62. 63. Reyscher Wirt. Priv.R. §. 68 n. 4. vgl. Bauer §. 103 c. Geib im R. Arch. 1836. S. 197. 207—211.

3) Grolman §. 128 not. c. Henke I. §. 89 n. 7. vgl. Abegg S. 88 ob. Heffter §. 15. 24. s. aber Puchta Gew.R. II. 254. Luden I. 136. n. 6.

4) s. R. Rev. S. 661—663. Puchta Gew.R. II. 246 ff. Luden I. 138—140. A. M. Mittermaier n. zu Feuerb. §. 5. s. dag. Luden a. a. O. n. 8, wo nur von der P.G.O. mit Unrecht gesagt ist, daß sie alle ihre Vorschriften als durch Gew.R. unabänderlich aufgestellt habe. s. Wächter Gem. R. S. 24. 26. n. 16. S. 30 ob. 116. 119. Ebensowenig ist die Kraft der desuetudo nach röm. Recht zu bezweifeln. l. 32 D. de legib. (1. 3). §. 11 J. de j. nat. (1. 2). Nov. 89. c. 15. vgl. l. 7. D. de leg. Fab. (48. 15). l. 45 D. de injur. (47. 10). l. 3. §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 7. §. 3 D. de l. Jul. repet. (48. 11). l. 6 pr. D. ad l. Jul. pecul. (48. 13) Gaj. III. 224. Puchta Gew.R. II. 203 ff.

5) Wächter ist für das Wirt. Priv.R. (unter Berufung auf eine das Strafrecht betr. Stelle) A. M. Dem fremden Rechte soll das Gew.R. vorgehen, nicht aber dem wirtemb. W.Priv.R. I. §. 124. n. 2. II. §. 109 (Mohl erkennt auch im letztern Fall desuetudines an, nicht aber consuetud. obrogatoriae. Staatsr. 2. A. I. S. 77). Allein diese Beschränkung steht im Widerspruche mit der jetzt auch von ihm angenommenen Ansicht über die letzte und eigentlichste Quelle alles Rechts. s. II. §. 1. 5. 9. S. 37. 38. Gem. R. S. 122 ob. A. M. Berner S. 77.

3) Die aufgestellten Sätze über Rückwirkung sind sowohl von der Doktrin [1]), als der neueren Gesetzgebung allgemein angenommen; wenn nicht in der Begründung [2]), so doch im Resultate [3]). Die wichtigen Punkte bei der Frage sind, außer der Begründung selbst, A) die Frage, in welchen Fällen das neuere oder ältere Recht als das gelindere anzusehen sei [4])? Hier ist nun Folgendes unzweifelhaft: das ältere Recht ist anzuwenden, a) wenn eine bisher erlaubte Handlung durch das neue Gesetz erst zum Verbrechen gestempelt, b) wenn die Strafe des früheren qual. oder quantitativ erhöht wird, c) wenn ein bisher indifferenter Umstand strafschärfenden Einfluß erhält [5]), d) wenn ein bisheriger Strafmilderungsgrund aufgehoben wird [6]), e) wenn Verjährung eingetreten war und das neue Gesetz die Verjährung aufhebt oder eine längere Frist festsetzt [7]), f) wenn nach älterem Recht giltig auf eine Klage verzichtet war und jetzt Untersuchung von Amtswegen eingeführt wird [8]). Dagegen ist das neuere anzuwenden: a) wenn eine bisher strafbare Handluug jetzt als erlaubt freigegeben, b) wenn die frühere Strafe herabgesetzt, c) wenn einem bisher strafschärfenden Umstande diese Kraft entzogen [9]), d) wenn ein neuer Milderungsgrund eingeführt, e) wenn die Verjährungfrist abgekürzt [10]), f) wenn Untersuchung

---

1) s. übr. Roßhirt Lb. S. 157. Marezoll S. 72. 73. Dag. Weber Ueber d. Rückanwendung pos. Ges. 1811. S. 125—127. Bayl Beitr. z. Krim.R. nr. 6. Bergmann das Verbot der rückw. Kraft neuer Ges. im Pr.R. 1818. §. 31. Fredericq de eff. leg. ad praeter. non revocando. 1817. §. 16. Gönner Jahrb. d. Ges.Geb. I. 15—44. 180—187. Hofacker Jahrb. I. 102. 267. Borst üb. Anwendung neuer Gesetze 2c. Abegg im N. Arch. XIII. 467—501. Zachariä über die rückw. Kraft neuer Strafges. 1834. Van de Poll de vi legis novae in crim. 1834. Bauer Abh. I. 169 f. Stelzer Lb. §. 18. 31. Tittmann I. §. 13. not. t. Schröter I. §. 25. Kleinschrod II. §. 112. 113. Bauer §. 103. Wächter I. §. 34. Jarcke I. §. 49. Abegg §. 60. Heffter §. 21. Mittermaier n. 2. z. F. §. 74. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 205—207. s. fernere Liter. b. Kappler S. 287—290.

2) s. hier. Abegg N. Arch. XIII. 478 ff., wo übr. n. 17 sehr auf Schrauben steht.

3) l. 1 pr. D. de poen. (48. 19). l. 7 C. de legib. (1. 14). Nov. 22. c. 1 a. E. (Nov. 19 praef. u. 143. praef. beziehen sich auf die authent. Auslegung s. u.). Caus. 32 qu. 4. c. 3. cap. 2. 13. X. de constitut. (1. 2). Preuß. ALR. Einl. §. 14. 18. 20. Oestr. Publ. Pat. b. Jenull I. 81. 82. Bair. Publ. Pat. Art. 1. 2. Code pén. art. 4. Sächs. Einf.VO. IV—VI. Wirt. Einf.Ges. Art. 2. 3. 5. Hannövr. §. 6—8. Braunschw. §. 5—9. Hess. Art. 3. 4. 6—8. Badisches §. 7. 8. Preuß. GB. §. 2. Einf.Ges. Art. IV. ff. Thüring. Einf.Ges. Art. 5. 6. 9. vgl. dagegen das Oestreich. Publ. Patent 27. Mai 1852. Art. I.

4) Abegg im N. Arch. XIII. 491—501.

5) z. B. auch, wenn das neue Gesetz (was jetzt mannigfach vorkommt) Vollendung in einem frühern Zeitpunkt annimmt, als das ältere.

6) Dahin gehört auch, wenn das neue Gesetz die geringere Strafbarkeit des Versuchs, der Beihilfe 2c. aufhebt.

7) A. M. Zachariä §. 33. s. dag. Berner S. 56—59. vgl. übr. Weiß 318. 319. 321. 322.

8) Ueber andere prozessual. Momente s. Abegg a. a. O. S. 498 ff.

9) Auch indirekt, z. B. wenn jetzt mehrere Momente zum vollen Thatbestande verlangt werden.

10) A. M. war Wächter in s. Vorles. (1837), weil vor abgelaufener Verjährung das Recht, nach dem alten Gesetze beurtheilt zu werden, noch nicht vollkommen erworben gewesen sei. vgl. Preuß. Einf.Ges. Art. V. Breidenbach I, 2. S. 707—710. Rauter traité II. 553. 554.

bloß auf Klage statt von Amtswegen eingeführt wird [1]). Indessen sind die angef. Momente nicht erschöpfend, und von den genannten ist sehr häufig eines nicht ohne die andern in Erwägung zu ziehen. Diese kann aber namentlich da, wo es sich um die Einführung einer ganz neuen Strafgesetzgebung handelt, oft sehr verwickelt werden [2]). Solchenfalls ist dann namentlich vor der in der Praxis hie und da aufgetauchten falschen Manier zu warnen, welche aus beiden, den alten und neuen Gesetzen je das mitius ausklaubt; vielmehr muß hier der Fall je nach der alten und der neuen Gesetzgebung im Ganzen erwogen und hieraus erst das Fazit gezogen werden [3]). B) Die Frage, in welchem Stadium der rechtlichen Wirkung eines Verbrechens [4]) die Regel des Sen überhaupt noch anwendbar, und wann ausgeschlossen sei? Hier ist zu unterscheiden: a) es ist bereits eine Untersuchung anhängig gemacht, aber noch nicht durch ein rechtkräftiges Urtheil geschlossen worden. Hier kann die Anwendung der betr. Grundsätze nicht den mindesten Zweifel leiden [5]). Nur darf nicht unbemerkt bleiben, daß die Rechtskraft der Strafurtheile keineswegs die unbedingte Natur hat, wie die der Civilurtheile. b) Es ist nach Verzicht auf die Rechtsmittel oder fruchtlosem Gebrauch derselben zum wirklichen Strafvollzug gekommen. Hier muß es nun ohne Zweifel als Regel gelten, daß es hiemit sein Bewenden habe [6]), und die Mißverhältnisse, die sich hier allerdings ergeben können, sind auf dem Weg der Begnadigung auszugleichen [7]). Ein Andres ist es jedoch, wenn mit bereits in Vollziehung begriffenen oder vollzogenen Strafen Nebenübel verbunden sind, welche das neue Gesetz (als einen Schandflecken der älteren Gesetzgebung) abschafft [8]), wie z. B. Schärfung durch körperl. Züchtigung, bürgerlichen Tod, lebenslängliche Infamie rc.; hier greift wieder der Grundsatz Platz, daß es eine Selbstentehrung des Staats wäre, wenn er das formell verdiente Nebenübel noch zufügen wollte.

1) Sächs. BO. §. VI. Wirt. Einf.Ges. Art. 3. Braunschw. §. IX. Hess. §. 3 („Normen"). A. M. Breidenbach I. 1. S. 649. 650, wo n. 13 das Wirt. Ges. mißverstanden ist. Badisches §. 7. 8. Thüring. Art. 9.

2) So besonders beim Rückfall. Gönner Jahrb. d. Gesetzgeb. I. S. 180 ff. Watzdorf Jahrb. f. sächs. Strafr. 1839. S. 196 ff.

3) Abegg a. a. O. S. 479. Gönner a. a. O. I. S. 35 f. vgl. das preuß. Ob.Trib. bei Beseler S. 603. 605. Thüring. Einf.Ges. Art. 5. Berner S. 55. 56. (über nicht hiemit zu verwechselnde Fälle eb. S. 53—55).

4) Natürlich handelt es sich hier überhaupt nur von Akten, die vor dem Eintritt der Wirksamkeit des neuen Gesetzes begangen sind. Ist es nun zweifelhaft, ob die Begehung vor oder nach diesem Zeitpunkte falle, so ist (s. u.) in dubio in mitius zu entscheiden. Ausdrücklich sagt dies das preuß. Einf.G. Art. IV.

5) Sächs. BO. §. V. Hannövr. Pat. §. 7. Braunschw. §. V. Hess. Einf.G. Art. 3. Bad. §. 7. 8. Das Wirt. und Preuß. Ges. setzen dasselbe voraus.

6) namentlich also z. B., wenn kurz vor dem Eintritt der Wirksamkeit des neuen Gesetzes eine Geld- oder Gefängnißstrafe vollzogen worden ist. s. auch Abegg a. a. O. S. 486. 487.

7) Abegg a. a. O. S. 488. Das Gegentheil schrieb das preuß. Allg. LR. Einl. §. 18 vor; s. jedoch Einf.Ges. 1851. Art. VII. und Verf. d. Justizminist. b. Beseler S. 607. 608. Berner S. 60.

8) Abegg a. a. O. S. 488. 489.

c) Auslegung und Ergänzung der Strafgesetze.

§. 25.

Vermöge seiner räumlichen und zeitlichen Bedingtheit bildet endlich das positive Recht eines Staates ein eigenthümliches Ganzes, das aus sich selbst erklärt und (nöthigenfalls) ergänzt sein will. Zunächst versteht es sich von selbst, daß die vorhandenen Strafgesetze in dem Sinne angewandt werden müssen, in welchem sie gegeben sind, zu welchem Behufe es bei ihnen, wie bei allen Theilen des positiven Rechts, der gehörigen Auslegung bedarf. Wie überall, so ist dann auch hier authentische und doktrinelle, und bei letzterer wieder grammatische und logische Auslegung zu unterscheiden. Als eigenthümlicher Grundsatz macht sich aber im Strafrecht die Regel: in dubio in mitius geltend. Wie nun aber schon bei der Auslegung nur die positive Gesetzgebung (sie bestehe nun in förmlichen Gesetzen oder in Gewohnheitsrecht) nebst ihrer Geschichte als Material gebraucht werden darf, wenn sie nicht ihrem Begriff widersprechen und zu eitler Willkühr werden soll, so kann auch eine Ergänzung der Lücken einer positiven Strafgesetzgebung lediglich so bewirkt werden, daß die unentschiedene Frage nach der Analogie eines bestimmten Gesetzes, wo ein solches vorhanden ist, wo es aber daran fehlt, aus dem Geiste des gesammten positiven Strafrechts entschieden wird. N. Rev. S. 754—759 [1]).

1) Auslegung. a) Authentische. Die gewohnheitsrechtliche Auslegung, welche man der authentischen an die Seite zu setzen pflegt, wird jetzt im Strafrechte kaum praktisch werden können. Sollte aber der Fall eines Stagnirens der

---

1) A. Chr. Jordan de propr. leg. poen. interpr. princ. 1799. Murhard de leg. p. interpr. pr. 1800. Grolman in der Bibl. f. peinl. R.W. I. 1. S. 51—80. Thibaut Theorie d. Auslegung. 2. A. 1806. Sylv. Jordan Auslegung d. Strafgef. 1818. Feuerbach Rev. II. 11 ff. Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 18 ff. Elout de interpr. in j. crim. 1820. Rappard de auctor. et usu disceptat. et oration. 1820. v. Campen de interpr. leg. crim. extens. 1829. Königswärter de jur. crim. placito: null. del. rc. sine leg. poen. 1835. Post de analogia ab interpr. ext. rite distingu. 1840. Henke Hdb. I. §. 86. 87. Jarcke I. §. 50. Schröter I. S. 61—64. Heffter §. 22. 23. Marezoll S. 73—76. Luden I. 143—153. Mittermaier z. F. §. 75 a. Ders. d. Straf.gef.geb. in ihrer Fortbild. I. 167—169. 217 ff. und sonst, z. B. N. Arch. 1836. S. 409—416 (sich oft widersprechend). Roßhirt Entw. S. 25—39. N. Arch. VIII. 152. zwei krim. Abh. S. 109 ff. u. sonst. Bauer §. 119. 120. Warnungstheorie S. 150 f. Anm. z. hannövr. Entw. II. 47 f. Abh. I. 138 f. v. Preuschen Gerechtigkeitstheorie II. 12 f. Escher Betrug S. 15 f. Birnbaum im N. Arch. XIII. 588 f. 1836. S. 564 f. 1838. S. 496 f. Günther in Pölitz Jahrb. 1837. S. 97 f. Hermann Beurth. d. sächs. Entw. S. 13 f. — v. Savigny Syst. I. 206—326. Wächter Lb. I. §. 39—41. Comm. de lege Sax. d. VIII. Febr. 1834. Abh. I. S. 242—249. W. Priv.R. II. §. 13. 14. 23—26. N. Arch. 1844. S. 413 f. 535 ff. Mohl im N. Arch. 1842. S. 214 f. 340 f. Schaffrath Theorie d. Ausleg. konstitut. Ges. 1842. Collmann Lehre v. Strafr. S. 223 f. v. Jagemann in s. Beitr. z. Erl. der bad. Strafgef. I. 269—285. Hepp N. Arch. 1846. S. 100 f. 161 f. Krug Grunds. d. Gesetzauslegung. 1848.

Gesetzgebung eintreten, so würde eine solche Auslegung gerade aus denselben Gründen gerechtfertigt sein, wie eine desuetudo oder consuetudo obrogatoria [1]). Abgesehen von diesem Falle kann eine Auslegung durch den Gerichtsgebrauch keinerlei formelle Giltigkeit ansprechen [2]). Die authentische Auslegung fällt unter die Kategorie des Gesetzes; sie muß dessen Formen haben, gilt aber auch dann, wenn sie auch materiell ganz unrichtig sein sollte, als Gesetz und zwar so, als wenn sie in dem ausgelegten Gesetze selbst schon enthalten gewesen wäre, mithin mit schlechthin rückwirkender Kraft [3]). b) Doktrinelle. — Deren Zulässigkeit bei Strafgesetzen überhaupt wird jetzt nicht mehr bezweifelt [4]). Es gelten aber für sie hier dieselben Grundsätze, wie in allen andern Rechtstheilen [5]), nur mit der Modification, daß die Regel: in dubio in mitius im Strafrecht jedenfalls eine noch prägnantere Anwendung erleidet, als im Civilrecht [6]), wogegen die Frage über den Werth der ständischen Verhandlungen für die Auslegung der Gesetze [7]) zwar für die neueren Strafgesetzgebungen durchgängig wichtig, aber nicht eigenthümlich ist. — Als Fundamentalgrundsätze sind die beiden zu bezeichnen: aa) Den Gegenstand der Auslegung bildet eben nur das Gesetz mit dem vorliegenden Inbegriff seiner Worte und Sätze; dieser giebt das absolute Maß für die Auslegung [8]). Was nicht in Worte gefaßt ist, kann auch nicht ausgelegt werden (über die analogische Anwendung ist damit nicht abgesprochen). bb) Die Aufgabe der Auslegung aber ist, aus diesem gegebenen Wortstoff den Gedanken, und zwar den Gedanken herauszuziehen, welchen der Gesetzgeber damit ausdrücken wollte [9]). Nicht die Worte sind das Gesetz, sondern die Vorschrift, die der

---

1) s. §. 24. Anm. 2. — Puchta Pand. §. 15. A. M. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 154.

2) Wächter Priv.R. II. §. 25. n. 10. v. Savigny I. S. 208. 209. — Mittermaier im N. Arch. 1847. S. 603—611 verweist den Richter gar auf „die Volksmoral und das Volksrechtsbewußtsein".

3) Bergmann Das Verbot d. rückwirk. Kraft S. 63. Mohl Wirt. Staatsr. 2. A. I. S. 99. Kierulff Civ.R. I. S. 36. Falck Encykl. 4. A. S. 281. n. 27. Wächter Wirt. Priv.R. II. §. 25. (s. bes. n. 5).

4) Gegen Beccaria §. 4 f. schon Schall von Verbrechen und Strafen. (d. h. Schott de del. et poen. Tub. 1767). Henke I. §. 87. Mit Unrecht zählt aber Wächter auch Feuerbach zu den absol. Gegnern; s. Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 18 ff. Gegen ausdehnende Auslegung s. auch Bauer Abh. I. 134—138. 180. Königswärter de placito: nullum del. ꝛc. sine lege. 1835. p. 127.

5) Wächter im N. Arch. 1844. S. 413—416.

6) l. 42 D. de poen. (48. 19). l. 155. §. 2. l. 192. §. 1 D. de R. J. (50. 17). reg. 49. de R. J. in 6° (5. 13). A. M. Tittmann Hdb. I. S. 22. f. dag. Wächter Lb. I. §. 39. v. Savigny a. a. O. S. 230 u. die Regeln üb. die Anwendung bei Krug a. a. O. S. 227—230. Sehr unbestimmt ist Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 203. 204.

7) s. Wächter Abh. u. W. Priv.R. a. a. O. Mohl a. a. O. Krug a. a. O. §. 13. 16. 17. Schaffrath a. a. O. van Hal et den Tex Bydragen. 1836. Schletter de subsid. interpr. leg. ꝛc. 1839. Schüler Beitr. z. Beurth. d. sächs. Entw. S. 8 ff. Mittermaier Fortbildung ꝛc. I. §. 23. vgl. bes. noch Leonhardt I. 38—41. Hufnagel III. S. 5—22.

8) Dies ist der ganz richtige, aber abstrakt und darum zu einer Reihe von Irrthümern entwickelte Grundgedanke bei Schaffrath. In modifizirter Weise erscheint er bei Krug §. 6—11 und Milhauser sächs. Strafrecht 1839. I. 11. not. k., daher auch mit modifizirten irrigen Konsequenzen.

9) Beide Sätze schließen sich keineswegs aus. Deshalb ist schon die „Feststellung

Gesetzgeber damit zu geben im Sinne hatte [1]). Dies ist das absolute Prinzip für die Auslegung. — Aus dem ersten Satze folgt, daß noch so gut urkundlich nachgewiesene Willensäußerungen des Gesetzgebers, wenn sie nicht irgendwie in Worten einen, wenn auch mangelhaften, Ausdruck gefunden haben, nicht in das Gesetz hinein interpretirt werden dürfen. Denn dies sind bloße Gedanken, denen es an der dem Begriffe des Gesetzes wesentlichen Verkörperung fehlt. Dasselbe muß aber gelten, wenn die zum Ausdruck eines urkundlich nachgewiesenen Gedankens des Gesetzgebers bestimmten Worte etwas davon wesentlich Verschiedenes, d. h. weder durch Ausdehnung, noch durch Beschränkung des Ausdrucks damit Vereinbares aussagen. Vorausgesetzt, daß hier kein bloßer Redaktionsfehler vorliegt, ist der nicht zur Verkörperung gediehene Gedanke wiederum als nicht promulgirt zu betrachten, falls er sich nicht aus dem Gesetze selbst und seinem Zusammenhange mit der übrigen Gesetzgebung suppliren, d. h. als promulgirt indirekt nachweisen läßt [2]). Aus dem zweiten Satze (bb) dagegen folgt, daß ein noch so klarer Wortlaut des Gesetzes nicht nur niemals die Auslegung ausschließen, sondern auch gegen einen irgendwoher geführten Beweis, daß der Gesetzgeber mit den fraglichen Worten einen wesentlich andern, damit nicht vereinbaren Gedanken ausdrücken wollte, sich nicht behaupten kann. Läßt sich der Beweis aus dem Gesetze und seinem Zusammenhang mit der übrigen Gesetzgebung selbst führen, so ist der Wortlaut des Gesetzes unmittelbar nach dem Resultat des Beweises zu korrigiren; vermag aber dieser nur mittelst andrer, außer dem Gesetze liegender Hilfsmittel geführt zu werden, so ist das im Gesetze Gesagte als nicht gesagt zu betrachten, soweit es nicht etwa mit dem Gedanken noch zu vereinigen ist, dessen Ausdruck es bilden sollte [3]). — Hieraus ergiebt sich das Ver-

---

der Streitpunkte" bei Mohl S. 227 von vornherein verfehlt. s. jedoch S. 240. und dagegen wieder S. 245.

1) Dies ist der richtige Kern der Wächter-Mohl'schen Ansicht, der aber freilich gleichfalls zum Theil sehr abstrakt entwickelt worden ist, Anfangs selbst von Wächter (s. jedoch W. Priv.R. II. S. 145. 157), noch mehr aber von Mohl, der sich freilich mehrfach widerspricht. S. 231—233 u. 242. 245, und ganz verschiedene Fragen, namentlich die über die form. Giltigkeit des Gesetzes, mit der vorliegenden vermengt. S. 233. 240.

2) Beides erkennen jetzt auch Wächter W. Priv.R. II. S. 145. 157. u. Mohl S. 231—233. 237 an. Wenn nun auch der Letztere in seinen Ausdrücken nicht sehr vorsichtig ist, so ist doch die Polemik gegen ihn bei Krug S. 63—75 ganz ungerecht, und doppelt unbegreiflich, da die Stelle von Wächter, mit der sich Krug für beruhigt erklärt, gerade den falschen Satz enthält, der Mohl untergeschoben, in Wahrheit aber gerade von ihm (S. 231—233. 237. 239 2c.) bekämpft wird! Das Beispiel bei Krug S. 70. 71 hätte nicht unglücklicher gewählt werden können.

3) Wächter W. Priv.R. II. S. 155. 156. vgl. Thibaut a. a. O. S. 184 f. v. Savigny I. 243 f. Falck Encykl. §. 149. n. 34. Mohl S. 232. — A. M. sind, wenn auch in verschiedenem Maße, Schaffrath a. a. O. S. 46 f. Schilling Instit. II. 73. v. Vangerow Leitfaden I. 40 f. Reyscher Wirt. Priv.R. §. 85. 86 und in Sarweys Monatschr. IX. 230, Krug §. 6—11. Milhauser a. a. O. Ueber die Widersprüche dieser Schriftsteller mit sich selbst s. Wächter a. a. O. §. 23. n. 23. 25. Auch Krug S. 27 erkennt den Satz an, mit dem seine ganze Doktrin über Auslegung klarer Gesetze zusammenfällt, daß nur der Gedanke, den der Gesetzgeber ausdrücken wollte, Gesetz sei. Dagegen hilft auch die S. 64 gebrauchte Wendung nicht; denn im fraglichen Fall ist ja stets als erwiesen vorausgesetzt, daß der dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Gedanke nicht oder verfälscht in das Gesetz übergegangen sei, daß hier also Irrthum oder Eigenmächtigkeit des

hältniß zwischen grammatischer und logischer Auslegung (die historische, welche auch wohl besonders aufgeführt wird, eingerechnet). Keine kann ohne die andre zum Ziele führen; aber weder stehen beide im Gegensatz, so daß die eine die bloße Aushilfe wäre, wo die andre nichts erbringt [1]), noch auch haben beide absolut gleiche Berechtigung [2]). Vielmehr bestimmt sich ihr gegenseitiges Werthverhältniß ganz nach den angegebenen Grundsätzen [3]). — Die grammatische Auslegung ist überall unentbehrlich; aber ihre praktische Wirksamkeit setzt stets voraus, daß nicht die logische ein qualitativ verschiedenes Resultat ergebe [4]), und ihre volle praktische Geltung tritt nur ein, wenn auch kein erhebliches quantitativ verschiedenes Ergebniß aus der logischen Auslegung hervorgeht [5]). Die logische dagegen hat die grammatische nur zu ihrem Maße, und selbst dies nicht unbedingt (d. h. nicht, wo aus dem Gesetz selbst oder seinem Zusammenhang ꝛc. die Nothwendigkeit direkter Korrektion unrichtiger Ausdrücke hervorgeht), sondern nur da, wo sie bloß mittelst dem Gesetze äußerlicher Hilfsmittel ein von den Worten des Gesetzes qualitativ verschiedenes Resultat ergiebt. Wo nun aber ein solcher absoluter Widerspruch [6]) nicht vorliegt, vielmehr die Möglichkeit übrig bleibt, durch Ausdehnung oder Einschränkung der Worte des Gesetzes diese mit dem sonsther erwiesenen Gedanken des Gesetzgebers zu vereinigen, da muß dies geschehen, d. h. das grammatische Element dem logischen weichen, mag nun der Wortlaut an sich klar sein oder nicht [7]), mag der wahre Gedanke des Gesetzgebers aus Gesetzen od. andern Hilfsmitteln bewiesen sein [8]). Dagegen tritt in

---

Redakteurs obgewaltet haben müsse. Uebrigens ist seine Theorie vom klaren Gesetze durch den weiten Begriff, worin er die grammatische Auslegung nimmt (§. 7), durch die Einräumungen, die er bezüglich der Redaktionsversehen macht (S. 72. 97 n. 1), und besonders durch die reichliche Anerkennung von Fällen, worin auch ein scheinbar klares Gesetz unklar erscheinen könne (S. 75—108), so sehr verklausulirt, daß sie nahezu als ganz unpraktisch bezeichnet werden darf. s. auch Krug selbst a. a. O.

1) Mühlenbruch Pand.R. §. 60, und alle Buchstabengläubigen.

2) v. Savigny I. 214 f. (s. aber S. 320). Dag. Wächter W. Priv.R. II. S. 135. n. 13. Krug S. 103. 104, ohne jedoch wesentlich etwas Besseres beizubringen. vgl. auch Kierulff Civil.R. I. 28.

3) Nur der bestimmte Einschnitt fehlt bei v. Savigny, nicht die Materialien zur richtigen Entscheidung.

4) A. M. sind natürlich Schaffrath, Krug, Reyscher ꝛc. s. dagegen Wächter W. Priv.R. II. S. 136 ff., wo nur eben der Hauptunterschied zwischen qualit. und quantitaver Verschiedenheit theils nicht, theils wenigstens nicht mit der nöthigen Klarheit hervorgehoben ist. vgl. S. 145. 157.

5) s. die Regeln hierüber bei Wächter a. a. O. S. 136—138. (bes. üb. das argum. a contrario.) vgl. Krug §. 6—11, der jedoch den Begriff der gramm. Ausl. sehr auffallend erweitert, und überh. Jenull I. 286—307.

6) Auch Mohl spricht von „wesentlicher" Verschiedenheit, ohne jedoch irgend etwas Näheres zu bestimmen. Insofern hat Krug S. 73. 74 gegen ihn Recht, nicht aber in der Sache selbst. Unklar ist Breidenbach I. 1. S. 204 f.

7) v. Savigny I. 231 ff. Wächter a. a. O. S. 138—142 (s. bes. S. 141. 142 über das Maß, worin die ratio legis beachtet werden darf. vgl. Krug S. 93. 94. 151—161).

8) In diesem Punkt macht Wächter, der früher zu weit gieng, jetzt zu große Konzessionen. S. 145. (R. Arch. 1844. S. 547. 551. n. 25). Not. 7. auf S. 157 ist daher unrichtig, soweit es sich nur von Mehr oder Weniger handelt. Wird aber freilich eine gewisse Zahl von Merkmalen vereint beschlossen, und es fehlt hievon eins im Gesetze, so geht die quantit. Verschiedenheit in eine qualit. über. vgl. Krug §. 13. 16. 17. u. S. 215—223.

Fällen, wo schon der Ausdruck des Gesetzes unbestimmt und mehrdeutig ist, die grammatische Auslegung dann wieder in den Vorgrund, wenn die logische nicht zum Ziele führt [1]).

2) Ergänzung mittelst Analogie. Abgesehen von dem aus der Doktrin noch immer nicht ganz verbannten Irrthum, der in der Verwechslung der Gesetzesanalogie mit der ausdehnenden Auslegung liegt [2]), sind hier mehrere Fragen, die oft durcheinander geworfen werden, zu trennen. a) Das Prinzip, daß, wenn sich Lücken in einem Gesetze oder einer Gesetzgebung finden, die behufs der Rechtsprechung ausgefüllt werden müssen, diese Lücken eben nur aus dem Material des positiven Rechts ergänzt werden dürfen, ist jetzt allgemein zugegeben. Hie und da wird aber behauptet, daß eben im Strafrechte die gedachte Voraussetzung nicht eintrete oder gar nicht eintreten könne [3]). b) Diese Behauptung beruht jedoch auf einer ganz unzulässigen petitio principii, indem sie die Wirksamkeit der Analogie im Strafrecht überall nur auf die Vervielfältigung der strafbaren Fälle bezieht. Allein der Augenschein ergiebt, daß diese Beschränkung ebenso willkührlich als irreführend ist [4]), daß vielmehr die ausführlichsten Strafgesetzbücher der neuesten Zeit außer jenem Bereich eine ansehnliche Menge von Lücken enthalten, die aus demselben Grunde ihre Ausfüllung verlangen, wie die ähnlichen im Civilrecht, ohne daß dagegen ein politischer oder aus der spezifischen Natur des Strafrechts (sei es mit Anerkennung oder jetzt beliebter Verläugnung Feuerbachs) entnommener Grund geltend gemacht werden könnte [5]). — c) Sind nun aber solche Lücken vernünftiger Weise nicht abzuläugnen, so kann ihre Ergänzung nicht anders versucht werden [6]), als in der Art, daß [7]) zunächst die Bestimmung eines konkreten Gesetzes wegen gleicher ratio legis auf den

---

1) v. Savigny I. 226 f. Wächter S. 143. 144. Krug §. 18.

2) s. dag. bes. Feuerbach Krit. II. S. 24 f. Wächter im N. Arch. 1844. S. 417 f. Bauer Warnungstheorie S. 150 f. Marczoll S. 74. n. 1.

3) Im Civilrechte zweifelt Niemand am Gegentheil. Thibaut a. a. O. S. 58 ff. v. Savigny I. 291 ff. vgl. Mohl Wirt. StaatsR. I. §. 11. Kierulff I. S. 26 ff. Wächter W. Priv.R. II. §. 13. 14. — s. dag. Königswärter l. c. p. 144. v. Preuschen Gerechtigkeitstheorie II. 12—16. Escher Betrug ꝛc. S. 15 ff. Luden I. S. 148—153 (vgl. N. Rev. 755 f.). Umgekehrt wird wieder die Wirksamkeit der Analogie in Bausch und Bogen behauptet von Roßhirt a. a. O. (s. auch seine Zeitschr.).

4) Deshalb, weil dann die unentbehrlichen Fälle des Gebrauchs der Analogie im Strafrechte in Punkten harmloser Natur in den Begriff der ausdehnenden Auslegung hineingezwängt werden. s. bes. Luden I. 149 ff. n. 2. Mittermaier z. F. §. 75 a. 13 A. (vgl. die verworrene Darstellung im N. Arch. 1834. S. 503—507). Birnbaum a. a. O. (soweit ein zusammenfassendes Urtheil möglich ist).

5) s. bes. Wächter Lb. I. S. 70. N. Arch. 1844. S. 433—435. Heffter §. 23. vgl. Krug §. 20. j. §. 15. A. M. war Hufnagel III. 4. 5. s. jedoch Straf-Gesetzb. ꝛc. S. 484 u. N. Rev. a. a. O. Breidenbach I. 1. S. 212—214. Leonhardt I. 78. 79.

6) Grolman in s. Bibl. a. a. O. S. 67 ff. v. Savigny I. S. 292. Kierulff Civ.R. I. S. 30. Wächter Lb. I. §. 41. N. Arch. 1844. S. 423 ff. Abegg §. 18. Heffter §. 23. Jarcke I. §. 50. Bauer Warn.theorie a. a. O. und Lb. §. 120. Martin §. 59. Henke Krimin. Verf. S. 52 f. Hdb. I. 588. Krug §. 21. vgl. Oersted Grundregeln ꝛc. S. 107—128. Jordan Ausleg. S. 82 ff. 110 ff. Breidenbach I. 1. S. 198. 199.

7) Regeln für die Anwendung s. bei Wächter W. Priv.R. II. S. 58—60. 63. 64. vgl. Krug §. 22. j. §. 9. 15. 18.

übergangenen Punkt angewandt, in Ermanglung eines solchen bestimmten Gesetzes aber auf die aus dem ganzen Geiste der positiven Gesetzgebung sich ergebenden Grundsätze behufs seiner Entscheidung zurückgegriffen wird (Gesetzesanalogie — Rechtsanalogie) [1]). Nur darf mit dieser Entscheidung nach Analogie der wesentlich verschiedene Fall nicht verwechselt werden, wenn es sich lediglich um die Anwendung einer im Gesetze wirklich ausgesprochenen allgemeinen Regel auf einen darunter passenden, aber nicht ausdrücklich genannten und nicht per argum. a contr. auszuschließenden Fall handelt. Denn diese Subsumtion ist eine zur Auslegung gehörige Thätigkeit [2]) und fällt erst dann unter die Analogie, wenn die fragliche Regel selbst erst aus gesetzlichen Bestimmungen abstrahirt und in das Gesetz hinein interpretirt werden muß [3]). d) An und für sich liegt nun in der Natur des Strafrechts kein Grund, vermöge dessen der Gebrauch der Gesetzes- und Rechtsanalogie, selbst wenn er zur Vervielfältigung der strafbaren Fälle führt, schlechthin für ausgeschlossen gelten müßte. In der Behauptung des Gegentheils läge das übermüthigste Verdammungsurtheil des gesammten römischen und des gemeinen deutschen Strafrechts bis in's 19. Jh. [4]). Nicht an das Wesen des Strafrechts also [5]), sondern lediglich an das Wesen umfassender Strafgesetzgebungen ist die Frage anzuknüpfen, ob es politisch räthlich sei, den Gebrauch der Analogie auch in der angegebenen Beziehung gesetzlich zu bevollmächtigen. Diese Frage ist nun aber zu verneinen, weil eine mit der Absicht der Vollständigkeit unternommene Gesetzgebung sich schicklicher Weise nicht selbst als lückenhaft behandeln kann, um so weniger als eben jener Standpunkt des Gesetzgebers die in Beziehung auf die rechtliche Behandlung der Rechtsunwissenheit wichtige Voraussetzung in sich schließt, daß er Fälle, die er übergangen hat, auch habe übergehen wollen, überdies das Bedürfniß der Festigkeit des Rechts und der festen Abgrenzung des Unterschieds zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Gewalt jener Verneinung entschieden das Wort redet [6]).

---

1) A. M. sind, aus verschiedenen Gründen, Roßhirt Entw. S. 31. Zeitschr. II. 259. III. 393 f. Mittermaier §. 75 a. z. F. 13 A. not. h. i. v. Preuschen a. a. O. und Escher a. a. O. s. dag. Wächter N. Arch. 1844. S. 536—546. Jetzt sind wieder A. M. Luden I. 151. not. Marezoll S. 74. 75. n. 2. vgl. Mittermaier 14. Ausg., wo er die Rechtsanal. ganz über die Klinge springen läßt und im Uebrigen die Ansicht des Wirtemb. Rechts zu der seinigen macht.

2) A. M. war Mittermaier im N. Arch. 1834. S. 504. 506. (vgl. 13. Ausg.) s. dag. Wächter eb. 1844. S. 429. n. 15 u. Luden I. 151. 152; vgl. jedoch N. Rev. S. 755—759. Hufnagel Straf-Gb. rc. S. 484.

3) Krug §. 20. Breidenbach I. 1. S. 210. 211. vgl. Henke I. 598.

4) Hierin hat nun Roßhirt ganz Recht, so wenig auch seinen Diatriben gegen die moderne Gesetzgebung (s. z. B. Gesch. und Syst. I. 332) beizustimmen ist.

5) Dies that Feuerbach Rev. II. S. 17 f. — nach seiner Philosophie mit gutem Grunde. Es thun es ihm aber noch Viele nach, die längst über seine Theorie hinaus zu sein glauben, ohne freilich zu wissen, was einen philosophischen Standpunkt zu überwinden heißt. Ersteres erkennt auch Krug an, läßt sich aber gleichwohl nicht abhalten, eine Begründung aus dem Wesen des Strafrechts zu versuchen, die seinen eigenen Prinzipien am meisten widerspricht. S. 21—26. j. 234 unt. — 238. vgl. Bauer Abh. I. 138. 139. Mittermaier §. 75 a. (14. Ausg.) v. Preuschen a. a. O. Birnbaum a. a. O.

6) N. Rev. S. 758. Henke I. 596. Abegg Krit. d. Wirt. Entw.

3) Positives Recht. Daß im gem. deutschen Strafrechte die doktrinelle Auslegung in ihrem ganzen Umfang, namentlich also auch die (von der Gesetzesanalogie wohl zu unterscheidende) ausdehnende Auslegung unbedingt gestattet sei [1]), ist allgemein anerkannt. Zweifelhafter könnte es in Beziehung auf einige neueren Gesetzgebungen erscheinen, die sich in diesem Punkt nach dem Code pénal gerichtet haben [2]). Indessen geht auch bei diesen aus den — freilich hier oft sehr verworrenen — ständischen Verhandlungen hervor, daß nur die Ergänzung, nicht die Auslegung des Gesetzes ausgeschlossen werden sollte [3]). Dagegen ist es sehr bestritten, ob und inwieweit die Quellen des gem. deutschen Strafrechts den Richter zur Ergänzung der Lücken der Gesetze mittelst Analogie ermächtigen. Was die Gesetzesanalogie betrifft, so werden hier meist die Fälle der Vervielfältigung der Straffälle und der Ergänzung anderer Lücken nicht unterschieden [4]); indessen unterlag ihre Anwendung in der letzteren Beziehung faktisch keinem Zweifel [5]), um so weniger, da man sie hier großentheils unter den Begriff der ausdehnenden Auslegung subsumirte [6]). In ersterer Beziehung dagegen wurde sie mit wenigen Ausnahmen allgemein als gesetzlich gestattet [7]) zugegeben. Die hie und da angeregten Zweifel hinsichtlich des röm. Rechts [8]) erledigen sich schon durch den Hinweis auf die allgemeine Art und Weise der Rechtsbildung bei

---

S. 20. Birnbaum, Escher, v. Preuschen, Mittermaier a. a. O., Wächter N. Arch. 1844. S. 427. 428. 430. 546—548. Krug S. 25. 26. 95. 96 (wo aber seltsamer Weise eine Ausdehnung auf Miloerungsgründe gemacht ist), 238. 239. Beseler S. 69. bes. Breidenbach I. 1. S. 201—204. s. auch v. Jagemann, der jedoch im Ganzen ohne alle festen Begriffe ist.

1) l. 17. 29. 30. D. de legib. (1. 3) l. 6. §. 1 D. de V. S. (50. 16). l. 3. D. de leg. Pomp. (48. 9). l. 22. §. 11. 12 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 1. §. 13 D. ad Sctm. Turp. (48. 16). l. 8. D. de sep. viol. (47. 12). cap. 6. 8. X. de V. S. (5. 40) vgl. Stellen von Cic. und Quinctil. bei Rein S. 223—226.

2) Wesentlich ebenso schon das Oestr. GB. (1803). Einl. §. VI. vgl. aber Jenull I. 105. 106. Anders Preuß. A.LR. II. 20. §. 9. j. Einl. §. 49. 50. — Zum Code pén. vgl. Code d'instr. crim. art. 364. 429. Bair. GB. Art. 1. Hannövr. Art. 4. Hess. Art. 1. Bad. §. 1. Preuß. §. 2.

3) vgl. Anm. z. bair. GB. I. 161. 162. Leonhardt I. 75—79. Breidenbach I. 1. S. 196—214. vgl. über die Umkehr in den Ansichten der franz. Jurisprudenz (Dupin) im richtigen Sinne Birnbaum im N. Arch. XIII. 600. 601. 1836. S. 567. Mittermaier eb. 1834. S. 489. 504 und §. 75 a. z. F. n. 12. A. M. Jarcke I. 304. s. dag. auch Häberlin I. 11. 12, dessen Beweisgrund jedoch nichts taugt. Goldtammer I. 55. 56.

4) selbst von Wächter nicht; s. Lb. §. 41. n. 93.

5) Wächter Lb. I. S. 242. n. 92. N. Arch. 1844. S. 434. 435. vgl. Henke Krim. Verf. S. 51 f. Martin §. 58—63.

6) s. noch Birnbaum im N. Arch. XIII. 602 ff. Luden I. 152. 153. vgl. N. Rev. S. 756 f.

7) l. 12. 13. 27. j. l. 3—6. 10. 32. pr. D. de legib. (1. 3). l. 7. §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 7 pr. §. 2 D. de jurisdict. (2. 1). l. 2 §. 23. 29. 30. D. ad Sctum Tertull. (38. 17). l. 64 §. 1 D. de R. N. (23. 2). l. 9. i. f. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 1. §. ult. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10) u. a. Stellen bei Rein a. a. O. P.G.O. Art. 104. vgl. Wächter Lb. I. S. 69 u. die dort Angef. (bes. Matthaeus, Walch, Grolman, Henke, Thibaut, Tittmann), Jarcke I. §. 50. Heffter §. 23. Marezoll S. 74. n. 2. Roßhirt Entw. S. 35. 36. Abegg §. 18. Braunschw. Mot. z. §. 4.

8) s. Birnbaum im N. Arch. XIII. 589. 590. Luden I. 150 in d. Note. s. dag. bes. Rein S. 223—225. n.** Krug S. 21. 22.

den Römern; ähnliche Zweifel hinsichtlich der P.G.O. erscheinen als willkührliche Wortdrehungen [1]). Bei der Rechtsanalogie werden die verschiedenen Anwendungen auf übergangene Fälle und anderweitige Punkte allerdings unterschieden, dabei aber die gesetzliche Zulässigkeit der letzteren — mit Recht — als sich von selbst verstehend vorausgesetzt [2]). Um so mehr ist die erstere Anwendung bestritten, sowohl in Beziehung auf das römische Recht als die P.G.O. [3]); doch dürften gemäß der ganzen äußeren Gestaltung und der eigenthümlichen Entwicklungsweise des römischen, wie des gemeinen deutschen Rechts überwiegende Gründe für die Bejahung sprechen. Die neuen Gesetzgebungen sind in der Behandlung der Frage keineswegs einig [4]). Während das preuß. ALR. zwar im II. 20 §. 9 den Grundsatz: nullum crimen sine lege aufstellte, aber in der Einl. §. 49. 50 die Anwendung der Analogie guthieß, so war sie schon im östr. GB. Einl. §. VI durchaus ausgeschlossen. Nach dem Vorgang des franz. Rechts geschah dasselbe im Bair. GB. Art. 1, im hannövr. Art. 4, im hess. Art. 1, im Bad. §. 1, und im preuß. §. 2 (s. auch die Mot. z. neuesten bair. Entw. Art. 1). Alle diese Gesetzgebungen wollen nun aber nur die Vervielfältigung der Straffälle durch Analogie ausgeschlossen wissen [5]), womit der Anwendung derselben behufs der Ergänzung anderweitiger Lücken der Gesetzgebung, welche sehr wichtig ist und im konkreten Fall unumgänglich nothwendig werden kann [6]),

---

1) s. Roßhirt Entw. S. 34, und genauer Birnbaum a. a. O. S. 591—599, und diesem folgend Marezoll S. 74. n. 2. Luden I. 149. n. 2. Dag. die meisten übr. Schriftsteller.

2) Wächter Lb. I. §. 41. n. 94. Martin §. 58 ff. Henke a. a. O. und Hdb. I. 588 f. Indessen verweist man doch mit Recht wenigstens auf P.G.O. Art. 105. Ueber das Röm. R. s. Roßhirt Entw. S. 34. 35. und l. 2. §. 18. C. de vet. j. enucl. (1. 17). Wächter im N. Arch. 1844. S. 424.

3) Dagegen werden von Henke Vers. S. 62—65. 70. 71. Martin §. 13. n. 4. l. 14. §. 14 D. de relig. (11. 7) und l. 131 §. 1. D. de V. S. (50. 16) angeführt, ebenso Csa 32. qu. 4. C. 3; jedoch mit Unrecht. s. Roßhirt Entw. S. 33. 34 (dieser thut jedoch Martin Unrecht, der a. a. O. l. 95 §. 1 D. de solut. (46. 3) und l. 14 C. de poen. (9. 47) gar nicht für diese Frage anführt). Dafür jedoch werden citirt l. 9 D. de extraord. cogn. (47. 11) l. 1 §. 1 D. si is qui testam. (47. 4) u. P.G.O. Art. 104. 105. s. bes. Grolman a. a. O. S. 67—80. Jordan Auslegung ꝛc. S. 82 f. 110 f. Schröter I. S. 63. 64. Abegg §. 18. Jarcke I. S. 302. Wächter im N. Arch. 1844. S. 428. 429 (wenigstens in Bezug auf röm. R.). A. M. hins. d. P.G.O. Roßhirt a. a. O., überh. Bauer Lb. §. 120. Heffter §. 23. Marezoll a. a. O. Luden I. 149—152. n. 2. Besonders bestritten ist die Auslegung der P.G.O. Art. 104. 105. s. bes. Kress ad art. 104. §. 5. Böhmer eod. §. 6. Feuerbach Rev. I. 214. II. 27 f. Grolman a. a. O. S. 76 f. Schröter a. a. O. Hofacker im N. Arch. V. 446—457. Birnbaum eb. XIII. 591—599.

4) Ungenügend sind hierüber Mittermaier §. 75 a. n. 15. 16 (vgl. Wächter im N. Arch. a. a. O. S. 538 n. 20) und im N. Arch. 1836 S. 409—416. 1840. S. 325. 326 und 1847. S. 597 ff. Häberlin I. 10—13. v. Jagemann, Luden a. a. O. Marezoll S. 76 zb. Der C. Max. I. art. 11. §. 10 überläßt die Entscheidung den höhern Gerichten unter vollständiger Anerkennung der Gesetzesanalogie.

5) Mittermaier §. 75 a. n. 16. Krug §. 21. Preuß. Mot. 1827. S. 15. 16. Revis. 1845. I. S. 20. 21.

6) Wächter im N. Arch. 1844. S. 433—435. 548 f. Breidenbach S. 211—214. Krug §. 9. 15. 18. 21. Hye S. 97—111. Thilo S. 54. 55.

nicht präjudizirt wird [1]). Dagegen ist die Anwendung der Gesetzesanalogie selbst behufs der Vervielfältigung der Straffälle im sächs. (Art. 1.), braunschw. (§. 4) und thüring. (Art. 1) GB. anerkannt, daher denn hier die anderweitige Benützung derselben (auch der Rechtsanalogie) zur Ausfüllung von Lücken um so weniger einem Zweifel unterliegen kann [2]). Uebrigens wurden bei den Verhandlungen über diese Gesetzgebungen nicht nur etwa in ständischen Versammlungen, sondern auch in Ministerräthen so seltsam verschiedene Ansichten zu Tage gefördert [3]), daß man sich nicht verwundern darf, wenn auch manche Schriftsteller die Bestimmungen der neuen Strafgesetzbücher zum Theil ganz schief auffassen [4]). Am richtigsten und vollständigsten spricht sich das Wirtemb. Gb. (Art. 1. j. Endresolution hiezu) [5]) über die Frage aus, indem hier einerseits behufs der Vervielfältigung der Straffälle, sowie der Ausdehnung von strafschärfenden Bestimmungen Gesetzes- und Rechtsanalogie untersagt, dagegen behufs der Ergänzung anderweitiger Lücken wenigstens die erstere ausdrücklich als zulässig erkannt wird. Uebrigens stimmen die neueren Gesetzgebungen auch hinsichtlich des Umfangs, den sie den betr. Vorschriften über Auslegung und Analogie geben, keineswegs überein. Nach dem östreich., sächsischen, wirtemb., braunschw., thüringischen [6]) GB. z. B. beziehen sie sich bloß auf das vorliegende Strafgb., präjudiziren also andern daneben bestehenden oder künftig zu erlassenden Militär-, Polizei-, Finanz-, Forst-, Disziplinarstrafgesetzen nicht [7]). Allgemeiner dagegen lauten die Bestimmungen im hannövr., hess., bad. und preuß. [8]) Gb., aber gleichfalls nicht gleichförmig, da sie bald unbestimmter, bald bestimmter sprechen, aber auch im letztern Fall bald einen größeren, bald einen geringeren Theil des gesammten strafrechtlichen Gebiets umfassen, so daß auch hier wieder bezüglich der Militärstrafgesetze, resp. dieser oder jener Klasse anderweitiger Strafgesetze nach besonderen Bestimmungen gefahndet werden muß [9]).

---

1) Ausdrücklich anerkannt wird dies von Breidenbach a. a. O. u. Leonhardt I. 77—79. (vgl. die hier angef. Artikel in v. Bothmer Erörter.), namentlich in Bez. auf analog. Ausdehnung von Straffchärfungsgründen. Beseler S. 68 u. Goldtammer I. 55. 56. übergehen die Frage; ebenso Freudentheil N. Arch. 1838. S. 103. 104. f. dag. auch Arnold eb. 1843. S. 100—102.

2) Krug S. 247. 248. Weiß S. 36—44, (der übrigens eine seltsame Unterscheidung zwischen Ges. u. Rechtsanalogie macht). Braunschw. Motive zu §. 4. f. auch sächs. Entw. Art. 1. u. Motive.

3) f. bes. Breidenbach I. 1. S. 179 ff. Leonhardt I. 73—79. Bad. Vhdl. d. II. Kamm. Prot.H. V. S. 68 ff. Mittermaier im N. Arch. 1838. S. 1—5.

4) so namentlich Luden I. 151. 152. Note. f. dag. Wächter im N. Arch. 1844. S. 550. 551. n. 25. Krug §. 21. v. Hartitzsch d. sächs. Krim.GB. S. 4 ff. Häberlin I. 13. Weiß a. a. O. Schüler Beiträge S. 10. Braunschw. GB. ed. Breym. S. 161. 162.

5) vgl. die Motive Einl. §. 3. Hufnagel I. 3—5. III. 3—5. Straf-GB. m. Anm. S. 484. Wächter im N. Arch. 1844. S. 547—558.

6) A. M. hinsichtlich des Wirt. GBs war Hufnagel I. 5; er hat aber III. 22—24 dieselbe zurückgenommen, wornach auch Breidenbach I. 1. S. 215. n. 1 zu berichtigen ist.

7) f. jedoch die Braunschw. Mot. (b. Breym. S. 162), wornach dieselbe Bestimmung auch in Spezialstrafgesetze aufgenommen ist. — Daß namentlich bei Polizeistrafgesetzen die ratio legis für Ausschließung der Analogie in verstärktem Maße Platz greift, braucht kaum besonders gesagt zu werden.

8) vgl. Einführ.-Ges. §. II. VIII.

9) vgl. besond. Breidenbach I. 1. S. 215. Beseler S. 595—602.

B) Die Grenzen der strafrechtlichen Wirksamkeit des Staats.

§. 26.

Diejenigen sittlichen Organismen, welche zwar den Boden des äußern Daseins betreten und insoweit den Typus des Rechts annehmen, gleichwohl aber ihr eigenthümliches Lebensprinzip außerhalb dieser Sphäre haben, — Familie, Kirche, Schule, — bleiben eben um dieses verschiedenen Prinzips willen Organe einer wesentlich vom Rechtsleben verschiedenen sittlichen Macht und haben insoweit das Recht, innerhalb ihrer eigenthümlichen Sphäre, wo es der Reaktion gegen das Unsittliche gilt, vom Staate nicht beirrt zu werden, solang sie sich keinen Uebergriff in sein Gebiet erlauben. Sie haben es nämlich innerhalb ihrer Sphäre niemals mit dem Verbrechen als solchem zu thun, welches spezifisch dem Staate angehört. Theils giebt es Unsittlichkeiten, die von Haus aus keine Rechtsverletzungen sind; theils können wirkliche Rechtsverletzungen zugleich von einem andern sittlichen Standpunkte aus aufgefaßt und Gegenstand einer Reaktion andrer Art werden; theils endlich setzt das Verbrechen als prinzipielle Verletzung des Rechts als solchen einen Verletzer voraus, der überhaupt schon als in den Kreis der bürgerlichen Gesellschaft eingetreten und mit den Grundgesetzen ihres Bestehens bekannt gelten kann. Nach allen diesen Beziehungen hin hat nun der Staat die Reaktion andrer sittlichen Mächte anzuerkennen, wobei übrigens für diese eine stufenweise Beschränkung des strafbaren Gebiets sich ergiebt. 1) Soll ein Individuum ein Verbrechen als solches begehen können, so muß es auf derjenigen Stufe der Entwicklung angekommen sein, auf welcher das Bewußtsein entsteht, daß das objektiv Sittliche überhaupt in einem Kreise von objektiven Institutionen und Gesetzen sich fixirt habe, daß hiemit eine Entgegensetzung dagegen nicht bloß einen beschränkten subjektiven Pflichtenkreis, sondern einen Kreis objektiver, d. h. nöthigenfalls mit Zwang zu verwirklichender Verbindlichkeiten verletze. Dieses Bewußtsein entsteht jedoch solange nicht, als der Mensch noch innerhalb der nicht auf dem Prinzip des Rechts, sondern auf dem moralischen ruhenden Welt der Familie sein sittliches Centrum hat. Mit Recht macht daher das positive Gesetz den Menschen erst von einem bestimmten Entwicklungsstadium an kriminalistisch verantwortlich, wobei der Zeitpunkt gewählt wird, wo zugleich dem Laufe der natürlichen Entwicklung gemäß überhaupt erst die volle Möglichkeit der freien, gegen innere und äußere Naturreize unabhängigen Selbstbestimmung eintritt. Bis zu diesem Zeitpunkte hin hat daher der Staat den Menschen der häuslichen Zucht ganz und gar, selbst bei Unsittlichkeiten, die thatsächlich als Rechtsverletzungen hervortreten, zu überlassen

und mit seiner vormundschaftlichen Polizeigewalt nur da einzutreten, wo es an einer häuslichen Zucht fehlt, oder eine notorisch unfähige vorliegt. Solchen Falls darf aber der Staat natürlich eben nur als Vertreter der Familie, d. h. als Erzieher wirksam werden, dem die Grundsätze der pädagogischen Moral zur Richtschnur dienen. 2) Die Schule kann dagegen schon nie mehr als das sittliche Centrum des Menschen gelten. Sie befreit ihn aus dem engen Kreise des Hauses und bildet ihn zum Sohne der bürgerlichen Gesellschaft heran. Sie ist daher nicht bloß intellektuelle, sondern auch moralische Bildnerin (Erzieherin), so zwar, daß sie in letzterer Beziehung gerade das ersetzt, was die Familie nicht leisten kann. Allein theils ist der pädagogische Beruf der Schule stets eben nur ein ergänzender und auf bestimmte Zwecke eingeschränkter, theils tritt eben während der Schulangehörigkeit der Zeitpunkt ein, wo der Mensch anfängt, dem Staate selbst kriminalistisch verantwortlich zu werden. So ist denn die Disziplinargewalt der Schule jedenfalls bei Weitem beschränkter, als die der Familie. Abgesehen von denjenigen Vergehen, welche vor begonnener kriminalistischer Verantwortlichkeit begangen sind oder nachher wegen des mangelnden Verständnisses noch als Ausnahmen von der Regel gelten müssen, wobei denn aber jedenfalls die Schulzucht nur neben oder statt der häuslichen zur Wirksamkeit gelangen kann, reduzirt sich die Disziplinargewalt der Schule eben nur auf den Kreis der ihr eigenthümlichen Zwecke, welchen sie nicht überschreiten, innerhalb dessen sie aber auch vom Staat — unbeschadet seines Aufsichtsrechts — in ihrer aus ihrer intellektuellen und moralischen Aufgabe sich entwickelnden Reaktionsweise gegen das Unsittliche nicht gehindert werden darf. Während nun die Familie und die Schule es nur mit dem erziehungsbedürftigen Menschen überhaupt oder in einem auf gewisse bestimmten Zwecke beschränkten Kreise zu thun haben, so tritt 3) die Kirche auch an den der Familien- und Schulzucht entwachsenen Menschen mit eigenthümlichen Ansprüchen heran. Theils haben nämlich die wirklichen Verbrechen als Arten des Unsittlichen überhaupt neben ihrem Rechtstypus noch andre subjektivsittliche Beziehungen, theils giebt es unsittliche Handlungen, die nicht unter die Kategorie des Verbrechens fallen. Von diesen ist nun zwar eine ganze Klasse gleichfalls wieder einer spezifischen Staatsthätigkeit, der Sittenpolizei zur Verhütung, resp. Wiederaufhebung zu vindiziren, diejenigen nämlich, welche nach Form oder Wesen oder nach beiden Beziehungen zugleich aus dem Kreise des Einzellebens heraustreten und in das Gebiet der Oeffentlichkeit übergehen. Außerdem aber, sowie hinsichtlich der subjektivsittlichen Beziehungen des Verbrecherischen hat die Disziplin der das Subjekt als solches in seiner Innerlichkeit ergreifenden sittlichen

Macht, der Kirche, einzutreten das Recht, wobei jedoch wiederum der Staat gegen jede Grenzüberschreitung auf der Hut sein muß. — In einem ähnlichen, wenn auch auf weit beschränktere Weise, die Subjektivität mitergreifenden Verhältnisse steht endlich auch der Staat selbst zu seinen Beamten, sofern er vermöge der Natur des Staatsamts [1]) das Recht hat, von dem Beamten zu fordern, daß er die Staatszwecke ganz zu den seinigen mache und keine dem Wesen des Amts widersprechende Gesinnung offenbare, woraus das Recht für den Staat hervorgeht, eine Disziplin für seine Beamten auszuüben und sie wegen solcher an die Oeffentlichkeit tretenden Aeußerungen ihrer Subjektivität, welche sie als intellektuell oder moralisch untauglich zu den amtlichen Geschäften zeigen, sowie wegen Amtsmißbrauchs oder gemeiner Verbrechen des Dienstes zu entlassen. N. Rev. §. 179. 195. 196.

1) Daß der Staat jugendliche Delinquenten bis zu einer gewissen Altersstufe ganz der Familie, bis zu einer weiteren dieser und der Schule relativ zur korrektiven Behandlung überlassen muß, folgt aus der Einsicht, daß der Staat als spezifischer Vertreter der Rechtsidee zwar alle sittlichen Mächte, soweit sie den Boden des äußern Daseins beschreiten, unter seine Oberherrschaft nehmen, dieselben aber insoweit selbständig gewähren lassen muß, als sie das Prinzip ihrer Aufgabe außerhalb des Rechtsbegriffs haben. Beides ist aber bei der Familie und Schule der Fall, soweit sie in größerem oder geringerem Umfang bloße Erziehungsanstalten sind [2]). — Das positive Recht gewährt hier bis zum 19 JH. geringe Ausbeute. Am wenigsten Sinn hat die Berufung auf das judicium domesticum der Römer [3]). Dasselbe war ein rein auf dem Wesen der antiken Republik beruhendes Institut. Frau, Kinder und Sklaven erscheinen nur als Accidenzen an der Substanz der Persönlichkeit des Bürgers, der sie dem Staate gegenüber vertrat, aber eben deshalb ihnen gegenüber monarchische Vollgewalt übte [4]), wenn auch relativ durch ein consilium von Agnaten ꝛc. modifizirt [5]). Auch das neueste römische Recht ist

1) vgl. meinen Art.: Staatsdienst u. Staatsdiener in der „Gegenwart" Bd. I. 231 ff. Heffter im N. Arch. XIII. 48 ff. 155 ff. Pfeiffer Prakt. Ausführungen III. 352 ff. u. überh. meinen Art. in der Deutsch. Vierteljahrsschr. 1853. Apr. — Juni. S. 103 ff.

2) s. das Nähere Vierteljahrsschr. S. 105—107.

3) Unrichtig ist daher die Auffassung von Abegg in Demmes Annal. II. 7. 8. vgl. übr. desselben Comm. de antiqu. Rom. j. crim. §. 33 sq. Klenze in d. Zeitschr. f. gesch. RW. VI. 1 ff. Geib Gesch. d. röm. Krim.proz. S. 82—96. 228—233. 452—462 nebst meiner Rezens. in d. Jahrb. der Gegenw. 1843. nr. 9. 11. 48. s. auch Cuj. Obs. VI. 17. Gothofr. ad l. 2. C. Th. de lib. causa. Bynkershoek de j. occid. lib. c. 4. 5.

4) Serv. in Virg. Aen. XI. 143. Gell. V, 19. j. Cic. de finib. I, 7. l. 11 D. de lib. et post. (28. 2). l. 3. 10. C. de patr. potest. (8. 47). l. 5. D. de l. Pomp. (48. 9). l. 2. D. ad. l. Corn. de sic. (48. 8). l. un. C. de his qui par. v. lib. (9. 17.) §. 6. J. de publ. jud. (IV. 18). l. un. C. de emend. proprinqu. (9. 15).

5) Klenze a. a. O. Abegg. Comm. l. c. K. Wächter üb. die Ehescheidungen b. d. Römern. S. 104. 105. Hasse GüterR. d. Ehegatten. S. 173 ff. Geib S. 90—96.

aber für die vorliegende Frage ohne Bedeutung. Denn die spezifische Idee der Familie als eines sittlichen Organismus liegt in ihm so wenig, als in dem der Republik [1]). — Ebensowenig hat es Sinn, für die vorliegende Frage auf das altdeutsche Mundium zurückzugehen. Aus andern Gründen [2]), als das römische, kannte nämlich auch das altdeutsche Recht eine sehr ausgedehnte Strafgewalt — nicht bloß des Hausvaters, sondern überhaupt derjenigen Personen, welchen die Rechte und Pflichten des Mundiums zustanden [3]). Allein eben infolge der ganz andern Begründung sind mit dem wachsenden Erstarken der Staatsgewalt diese vormundschaftlichen Rechte theils untergegangen, theils auf Gebiete beschränkt worden, wo sie nicht mehr als Schranken der Thätigkeit nothwendiger Staatshoheitsrechte erscheinen [4]). Namentlich war dies auch mit den in den Kreis der Familie gehörigen Arten des Mundiums der Fall, wobei noch besonders zu bemerken ist, daß in diesem Kreise von Anfang an, wo die Familie mit ihrer Friedensbürgschaft noch den Staat zu ersetzen hatte, eben nur sie selbst als dieses höhere Ganze das wahre Subjekt der Rechte und Pflichten war [5]), ebenso aber später an die Stelle des auf der alten Grundlage ruhenden väterlichen Mundiums ein elterliches, d. h. von dem allmälig geläuterten Begriff der Familie getragenes Recht sich gesetzt hat [6]). Daher war denn auch erst das germanische Recht der Boden, auf welchem sich eine begriffsmäßige Scheidung zwischen den Kompetenzen des Staats und der Familie vollziehen konnte [7]). Natürlich tritt indessen in den Rechtsaufzeichnungen der älteren und mittleren Zeit [8]) das betreffende Recht der Familie als ein in der Sitte gegebenes gewöhnlich nur in gelegentlichen Aeußerungen hervor [9]). Die Art und Weise der Bestimmungen aber, in welchen im MA. stellvertretend für die häusliche Zucht ein Züchtigungsrecht der Lehrherrn, ja dritter Personen anerkannt wird, zeugt von ziemlicher Rohheit der Ausübung, wenn auch nicht der Auffassung [10]). Die P.G.O. geht auf die Sache nicht direkt ein, sondern setzt nur den Anfangspunkt der kriminalistischen Verantwortlichkeit dem

---

1) s. meine Rez. in d. Jahrb. d. Gegenw. a. a. O. vgl. Gerber D. Priv.R. §. 222. §. 240. n. 2. Vierteljahrsschr. S. 107.

2) A. M. Geib a. a. O. S. 82. s. dag. Vierteljahrsschr. S. 108.

3) vgl. Wilda S. 704. 705. 799 ff. Kraut Vormundschaft I. 286 ff. II. 602 ff.

4) s. Gerber a. a. O. §. 221. 243.

5) Tac. Germ. c. 19. vgl. Caesar de B. Gall. VI. 19. Ed. Roth. c. 189. 222. L. Burg. XXXV. §. 1—3. Eichhorn RG. I. §. 53.

6) Selbst jenes alte Mundium ruhte auf einer sittlicheren Grundlage, als die römische väterliche Gewalt. Gerber §. 240. n. 2. §. 242. n. 1. j. §. 222. Zöpfl RG. II. 2. §. 83. Göschen Gosl. Stat. S. 244—290. Kraut Grundr. §. 222. KaiserR. II. 4. Augsb. St. 1276. (Walch IV. 228.)

7) Besonders kurz ist hier die Aufführung von Abegg a. a. O. S. 9. 10.

8) Das Hauptinteresse ist stets die Bestimmung des Zeitpunkts, von wo an das Kind der verletzten Familie, resp. der Gemeinde oder dem König verantwortlich werden soll. s. Stellen bei Wilda S. 640—644.

9) Graugans Vigsl. c. 32. II. p. 63. (W. S. 641). Jüt. Low. 2, 82. vgl. Tac. c. 13. Grimm RA. S. 450. 455—462. Bes. Nibel Lied. 805. 837. Leg. Wall. II. 20. c. 25. Schwäb. LR. 357. s. aber bes. KaiserR. II. 6.

10) Sächs. LR. II. 65. Gosl. Stat. (Göschen) 42, 4—7. 48, 25—30. Schwäb. LR. 185. 247. vgl. Augsb. St. 1276 (b. Freyb. S. 84). Saalfeld. St. Art. 169 (Walch I. 55).

römischen Recht gemäß früher und in strengerem Geiste an [1]), hierin mit gleichzeitigen, über den verdorbenen Geist der Jugend klagenden Schriftstellern [2]) übereinstimmend. Auf diesem Standpunkte bewegte sich nun längere Zeit eine nicht nur in der Art der kriminellen Bestrafung und der Leichtigkeit der Annahme der doli capacitas [3]), sondern auch darin rohe Praxis, daß zwar bei infantes und infantiae proximi als Regel die Ueberlassung zur häuslichen Zucht (mit virgis et verberibus) angenommen, gleichwohl aber selbst bei infantes dem Richter gestattet wurde, bei „einiger doli capacitas" Ruthenstreiche als öffentliche Strafe anzuordnen [4]). Ein wenig erheblicher Fortschritt war es, wenn eine spätere Praxis den Grundsatz befolgte, daß schwerere Vergehen jugendlicher Uebertreter öffentlich zu strafen, geringere dagegen der häuslichen und Schulzucht zu überlassen seien. Indessen bot sie eben um ihrer Vagheit [5]) willen den Uebergang zur Anbahnung prinzipieller Verbesserungen durch die Gesetzgebung. Das preuß. A. LR. II. 20. §. 17 gieng zwar vom Standpunkt des philantropischen Polizeistaats aus noch über Karpzov hinaus und setzte den Staat mit seiner Strafgerechtigkeit geradezu an die Stelle der Familie [6]). Das östreich. GB. dagegen (I. §. 2. d. II. §. 4. 29. 32) läßt bis zum 10ten Jahr den Staat ganz aus dem Spiel, und überläßt bis zum 14ten Jahr alle schweren Polizeiübertretungen der häuslichen Zucht, — das erste Zeugniß fortgeschrittener Humanität, welchem das bair. StrafGB. (Art. 98. nr. 1. Art. 102. 120. nr. 1. vgl. Anm. I. S. 240.) sich anschloß [7]), jedoch vorbehaltlich der Aufsicht und Mitwirkung der Obrigkeit [8]). Besonders sprach der Code pénal in dieser Frage ganz das Richtige aus (art. 66); wobei nur sehr zu vermissen ist, daß nicht ein Zeitpunkt festgesetzt wird, bis zu welchem absolut die strafrichterliche Thätigkeit ausgeschlossen wäre [9]). Von den neuen deutschen Gesetzgebungen hat sich die preußische ganz an den Code art. 66 angeschlossen [10]). Alle übrigen dagegen nehmen einen solchen

---

1) Art. 164. 179. vgl. z. B. Sächs. LR. II. 66. §. 1. Freiburg. Stadtrechtsbrief 1120. §. 57. s. dag. auch Schwäb. LR. 177 (vgl. 232).

2) vgl. z. B. Damhouder cap. 84. (nicht 86, wie bei Abegg) §. 1—5. Hipp. d. Mars. z. l. 12. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). Tengler Laiensp. I. nr. 10.

3) Böhmer ad Carpz. qu. 143. n. 8 erwähnt einige abweichende Lokalrechte.

4) Damhouder l. c. Carpzov. Pract. qu. 143. n. 19—21. 30. vgl. n. 35 sq. Richter P. I. dec. I. N. XXVI. Leyser Med. ad Pand. Sp. 532. med. 1—3. Kress ad CCC. art. 164. n. 2. 4. 5. ad art. 179. §. 2. not. 3. Ueber Carpzov ist Abegg sehr ungenau (S. 13—15). s. auch die Const. Theres. art. 11. §. 6.

5) Quistorp I. §. 50. 51, den Abegg besonders lobt, ist in der That noch um nichts über Carpzov hinaus, da er noch unter 7 Jahren öffentliche Strafe als vollziehbar aufführt. Erst Kleinschrod I. §. 80—88. II. §. 59. III. §. 19 verwirft dies geradezu und verlangt für infantes absolut, für Unmündige fakultativ die Ueberlassung an die Zucht der Familie od. Schule. s. übr. noch über die rohe Praxis des v. JH. Beisp. bei Meister Erk. u. Gutachten I. Dec. 6. Klein Annal. VII. 37. 59. 191. XII. 90. XIII. 176. XIV. 19.

6) vgl. die theilweise gezwungenen späteren Rescripte bei Mannkopf. S. 10—12.

7) Jenull I. 140 ff. Hye S. 174—177. (s. jetzt §. 2. 237. 269. 273).

8) Die angef. Stellen sprechen übrigens so klar, daß kaum zu begreifen ist, wie Mittermaier N. Arch. 1841. S. 160 sagen kann, man wisse nicht, was man mit bair. Kindern unter 8 Jahren anfangen solle.

9) Rossi Traité II. p. 156. Hélie Théorie II. p. 150—170.

10) §. 42. vgl. den Entw. v. 1847. §. 51. 52. Beseler S. 190—194 und die dort ang. legislat. Verhandl.

absoluten Zeitpunkt an, vor welchem keine kriminelle Behandlung eintreten kann [1]). Dabei sprechen mehrere derselben für diese erste Altersperiode die Berechtigung der häuslichen oder Schulzucht ausdrücklich aus [2]), jedoch in der Regel unter Vorbehalt polizeilicher, aus der Obervormundschaft des Staats fließender Maßregeln. Auch hierin ist jedoch keine Gleichförmigkeit. So will z. B. das sächs. GB. daß der Richter die körperliche Züchtigung durch die Eltern oder andre Personen anordne. Hierin liegt jedoch ein innerer Widerspruch, wenn man die Sache wörtlich nimmt [3]). Der Richter hat vielmehr nur eben auszusprechen, daß hier kein Fall für seine Thätigkeit vorliege und hievon der Polizeibehörde Mittheilung zu machen [4]), welche nun ihrerseits zu erwägen hat, ob der Fall der unter den konkreten Umständen begründeten häuslichen Erziehungsgewalt anvertraut werden darf oder ein obervormundschaftliches Einschreiten begründet ist [5]). Was aber letzteres betrifft, so gehören Besserungsstrafhäuser, wie sie der Code a. a. O. wenigstens in Aussicht gestellt und mehr als Eine deutsche Gesetzgebung zu verwirklichen angefangen hat, mindestens mit ihrem Schwerpunkte noch nicht hieher, wogegen es als eine dringende Verbindlichkeit des Staats erscheint, der Beförderung der sog. Rettungshäuser, welche nach bloß pädagogischen, moralisch-religiösen Grundsätzen zu verfahren berufen sind, allen möglichen Vorschub zu thun [6]).

2) In Beziehung auf die Schule ist wiederum vor Allem ihre wesentliche Eigenschaft als Bildungs- und Erziehungsanstalt in's Auge zu fassen, vermöge welcher sie, wie die Familie, die ihr zustehende Disziplin jedenfalls nach ganz andern Grundsätzen auszuüben hat, als welche der Verwaltung der Strafgerechtigkeit des Staats zu Grunde liegen [7]). Allein auch in jener Beziehung umfaßt die Schule keineswegs mehr den gesammten Menschen, sondern beschränkt sich auf bestimmte Zwecke, über welche hinaus sie ihre Disziplinargewalt nicht auf

1) Das 10te Jahr in Wirtemb. Art. 95., das 12te in Sachsen, Art. 66, Hessen Art. 37, Hannover Art. 83, Baden §. 78, Thüring. Art. 61, bair. Entw. Art. 67, das 14te in Braunschweig.

2) Nichts davon sagen das Wirt. und Hannövr. GB., welche die Familie ignoriren und sogleich auf die polizeiliche Diszipl. und Sicherungsgewalt rekurriren. vgl. Hufnagel I. 201. Hannövr. Ges. 27. Juni 1838. §. 3. Leonhardt I. 357. Breidenbach I. 1. S. 490 n. 2.

3) vgl. jedoch VOen 26. März und 11. Juli 1839 und Weiß S. 287. 288. Dadurch erledigt sich zum Theil, was gegen die sächs. Bestimmung Breidenbach a. a. O. u. Mittermaier N. Arch. 1841. S. 163. 164 bemerken. A. M. Abegg Krit. S. 34. vgl. auch Wirtemb. Polizeistr. Gb. Art. 21, und treffend das rev. Oestr. Gb. §. 273. Auch der neue sächs. Entw. Art. 85 überläßt die Anwendung dem Richter. s. Abegg Beitr. z. Beurtheilung ꝛc. S. 42. 43.

4) Dies fehlt auch im Code p. und dem ihm nachgebildeten §. 42 d. preuß. GBs. vgl. holländ. Ges. bei Mittermaier a. a. O. S. 161. Auch das ist nicht zu billigen, wenn es dem Gericht anheimgestellt wird, die Sache an die Polizeibehörde zu überweisen, wie nach den bad. Vhdl. H. V. 198—201. Gb. §. 78.

5) s. bes. Hess. Gb. Art. 37. Breidenbach I. 1. S. 492 u. Braunschw. Ges. 10. Jul. 1840 (bei Breym. S. 123—126). Thüring. GB. Art. 61 u. bair. Entw. Art. 57.

6) Schätzenswerthe Data hierüber s. bei Mittermaier N. Arch. 1841. S. 160—185.

7) Indem gerade dieses Prinzip von Hohbach Beitr. z. Strafr. S. 152 ff. gänzlich verkannt wird, so sinkt bei ihm der ganze Unterschied zu einem bloß quantitativen herab, wodurch er alles Interesse verlieren würde, wenn nicht der Verf. glücklicher Weise inkonsequent wäre. s. z. B. S. 171. 175—177.

Kosten der häuslichen Zucht, welche sie nur im Nothfall ergänzen kann, oder der Strafgerechtigkeit des Staats, welcher sie nachstehen muß, ausdehnen darf. Das Recht und die Pflicht der Ergänzung der häuslichen Zucht kann der Schule entweder durch Privatübereinkunft übertragen sein (bei eigentlichen Erziehungsanstalten) [1]), oder es kann ihr in bestimmten Beziehungen vom Staate vermöge seiner obervormundschaftlichen Polizeigewalt eigens beigelegt werden [2]); in beiden Fällen tritt dann die Schule eben nur an die Stelle der Familie. — Außerdem aber kann sich die Schulzucht nur auf solche Vergehen beschränken, die gerade die eigenthümliche Lebensordnung der Schule zum Objekt haben [3]). Wo nun übrigens solche Schulvergehen mit Vergehen gegen die Staatsgesetze konkurriren, da ist nicht abzusehen, warum die Schuldisziplin nicht neben der Strafgewalt des Staats soll wirksam werden können und dürfen [4]). Ebensowenig Grund hat aber die Behauptung [5]), daß durch eine wegen eines öffentlichen Vergehens erkannte peinliche oder Polizeistrafe die Schuldisziplinargewalt paralysirt werde, da sie vielmehr gerade in solchen Fällen ganz besonders zur Thätigkeit aufgerufen erscheinen kann [6]).

3) Die katholische Kirche hat ihre frühere umfangreiche Strafgewalt, wenigstens soweit es sich um Verhängung von poenae vindicativae handelt, aufgegeben [7]), und zwar unbedingt bei den ehemals sog. gemischten Verbrechen [8]), bei den rein kirchlichen Verbrechen (Ketzerei, Schisma, Apostasie, Simonie [9]) wenigstens insofern, als die ehmals mit der kirchlichen Censur verbundenen weltlichen Strafen hinwegfallen und die Kirche sich bloß auf die Verhängung der damit verknüpften kirchlichen Nachtheile beschränkt [10]). Daß die Kirche im übrigen unabhängig von der weltlichen Bestrafung bei Verbrechen, wo sie es geeignet findet, aus dem Gesichtspunkte der Zucht durch geistliche Mittel auf ihr schuldiges Mitglied ein-

---

1) Hohbach a. a. O. S. 166 n. 10.

2) was mit der Delegation einer wirklichen peinlichen (wie in dem wirt. Ges. über Baumverderber vom 23. Juni 1808. Hufnagel I. S. 201) oder polizeilichen Strafgewalt (wie sie häufig bei höhern Lehranstalten vorkommt) nicht zu verwechseln ist. s. dag. hess. GB. Art. 37.

3) s. hierüber die ganz richtige Ausführung bei Hohbach a. a. O. S. 164—168. Doch ist es wohl nicht gegründet, wenn derselbe die Delegation einer gewissen Polizeistrafgewalt von Seiten des Staats bloß an die Volksschule, nicht aber auch an die Gelehrtenschulen zulassen will. vgl. Wirt. Univers. Stat. 1831. §. 3. 6. 9. 11.

4) A. M. Hohbach S. 168—171, bei dem sich übrigens gerade hier der Mangel der bloß quantitativen Auffassung des Verhältnisses durch eine Reihe von Inkonsequenzen rächt.

5) Hohbach S. 176, der dann freilich wieder „vorbeugende Maßregeln und Besserungsversuche" zuläßt; vgl. S. 175 u. 171, wo selbst von gänzlicher Ausschließung die Rede ist.

6) Wächter Strafarten und Strafanstalten Wirtemb. S. 33. Mayer Strafverfahren der Adm.behörden in Wirtemb. §. 24. n. 4.

7) Permaneder KR. II. §. 580. 585. Richter KR. §. 204.

8) Richter KR. §. 207.

9) Andere stellen freilich die Simonie unter die del. mixta. s. Eichhorn KR. II. 127. Heffter Lb. §. 426. vgl. jed. §. 529 b. n. 3. s. dag. van Espen J. E. U. II. Tit. 30. §. 34. Morstadt Ausg. v. Feuerb. S. 295 i. d. Note.

10) Permaneder §. 581. 582. 585. Mehr haben auch (mit Ausn. der Verweigerung des kirchl. Begräbnisses) die östr. Bischöffe im Jahr 1849 nicht verlangt. s. Aktenst. betr. d. Versamml. d. Bischöfe 2c. Wien 1850. S. 45 u. K. VO. 18. April 1850 §. 3. Der Josephinismus u. d. K. VO. 18. April. Wien 1851. S. 74.

zuwirken sucht, ist ganz in der Ordnung [1]). Hinsichtlich der in der katholischen Kirche hergebrachten Censuren aber ist — ganz abgesehen von der noch immer festgehaltenen Strafe der Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses [2]), — der Staat sehr auf der Hut zu sein verpflichtet, daß nicht bei dem Geiste der Aeußerlichkeit, der nun einmal diese Kirchenlehre beherrscht, auch künftig wieder direkte oder indirekte Versuche des Uebergriffs in sein Gebiet an die Tagesordnung kommen. — Die protestantische Kirche hat (einige unzulängliche moderne Versuche der polizeilichen Wiederbelebung der Kirchenzucht in unteren Sphären abgerechnet [3]), die anfänglich der katholischen abgeborgte Strafgewalt bald fast ganz fallen lassen [4]), zugleich aber mit solcher Demuth sich unter das Joch des Polizeistaats geschmiegt, daß sie es zu ihrem eigenen Nachtheile unterließ, nach Analogie der katholischen Censuren ein ihren Glaubensartikeln entsprechendes [5]), die Innerlichkeit ergreifendes, Zuchtsystem zu schaffen. — Schwieriger ist die Frage über das Maß der kirchlichen Strafgewalt gegenüber den Geistlichen. Die katholische Kirche hat eine solche in ausgedehntem Maße aus alten Zeiten hergebracht [6]). Zwar ist jetzt fast überall anerkannt, daß Geistliche hinsichtlich ihrer bürgerlichen Verbrechen dem weltlichen Gerichte unterworfen seien, die Kirche mithin hier auf Suspension nnd Degradation beschränkt bleibe [7]); dadurch ist jedoch das Recht der Kirche zu disziplinarischen Maßregeln gegen das fragliche Individuum nicht ausgeschlossen [8]). Umsomehr behauptet sie jedoch ihre Kompetenz hinsichtlich der delicta ecclesiastica, sowie der Amts- und Standesvergehen ihrer Geistlichen [9]). Man stützt dies Strafrecht, das als bloßes Disziplinarstrafrecht bezeichnet wird, auf ein natürliches Recht jeder Gesellschaft [10]); auch hat das Disziplinarstrafrecht

---

1) Richter K.R. §. 207. Permaneder §. 578. 1. Zweifelhafter ist die Einräumung einer eigentlichen, wenn auch unbedeutenden, polizeilichen Strafbefugniß an die wirtemb. Kirchenkonvente und die bad. Kirchen- nnd Schulsynoden; vgl. damit die hess. Einrichtungen bei Longner Rechtsverh. d. Bisch. d. oberrh. Kirchenprov. S. 358. 401–408.

2) Aktenstücke betr. die Verf. d. Bisch. in Wien. S. 45. 46. Permaneder KR. II. §. 692. 693. vgl. Richter KR. §. 278. Eichhorn KR. II. 121. n. 21. S. 557 ff.

3) f. z. B. Wirtemb. Verw. Ed. §. 22. Amtsvorschrift für die evang. Kirchenkonvente 29. Okt. 1834. vgl. Richter KR. §. 214. not. 3. 6. 7. 10.

4) Richter KR. §. 215.

5) Puchta d. Recht der Kirche. S. 143 ff. vgl. Matth. XVIII. 1. Kor. V. Ein sehr problematisches Bestreben ist das heutigen Tags auftauchende, nachträglich den Fehler durch Annäherung an die Weise der katholischen Kirche gut zu machen. Richter §. 214. N. Revis. S. 764.

6) Suspensio, irregularitas, depositio, privatio beneficii, degradatio, Gefängniß, Geldbuße, Verweigerung des Begräbnisses (neben den Censuren). Richter §. 201–204. Permaneder §. 560–562. 583. 584. Renazzi Elem. j. crim. L. II. (Ed. 7. p. 258). Böhmer J. eccl. Prot. V. 37. §. 97 sq.

7) Richter KR. §. 208. n. 5. Permaneder §. 258. 259. 579. Was aber hier (II. S. 178) von den Bischöffen gesagt wird, ist sehr willführlich. In diesem Betreff könnte die Moral der kathol. Kirche sehr viel von der Moral des Sokrates (Plato Criton c. 11 sq.) lernen.

8) van Espen J. E. U. III. 4. §. 1. n. 14. Leyser Spec. 650. n. 47. theilw. N. M. Heffter N. Arch. XIII. 173–176.

9) Permaneder §. 546. 554. 570. 571. vgl. Eichhorn II. 110–115. 128–131. Richter §. 209.

10) Der Josephinismus rc. Wien 1851. S. 76. Aktenstücke S. 45. f. Vorr. S. XVII. XXI. f. übr. auch Eichhorn KR. I. 37.

der Kirche in den Grenzen, welche ihm die neuere Staatsgesetzgebung gesteckt hat[1]), nichts Bedenkliches. Allein es darf nicht unbemerkt bleiben, daß das von der Kirche in Anspruch genommene Strafrecht[2]) ein jene Grenzen weit übersteigendes und ebenso über das Maß dessen, was man Disziplinarstrafrecht zu nennen pflegt, bedeutend hinausgreifendes ist, was umsomehr Beachtung verdient, da auch der Begriff der geistlichen Standes- und Amtsvergehen eine ungemeine Dehnbarkeit besitzt[3]). Gerade umgekehrt zeigt die protestantische Kirche in dieser Sphäre eine schlechte Resignation, die mit Recht von nüchternen Beurtheilern getadelt wird[4]). Wenn indessen von solchen zwischen eigentlicher Strafgerichtsbarkeit und bloßer Disziplinarstrafgewalt unterschieden und erstere zwar der kath. Kirche auf den Grund des Herkommens zugebilligt, letztere dagegen als das Normalverhältniß aufgestellt wird, so kann hierin keine befriedigende Entscheidung gefunden werden, solang man kein bestimmtes Prinzip für die Grenze des Disziplinarstrafrechts aufzustellen weiß[5]). Vergebens sucht man jedoch hiefür nach einer Analogie in dem positiven Recht über die Dienstvergehen der Staatsdiener, da hier aus andern Gründen die neueren Gesetzgebungen ohne festen Halt sind[6]). Gesetzt aber auch, es ließe sich für die Dienstvergehen eines Staatsdieners eine absolute Grenze zwischen bloßen Administrativdienstverfehlungen und wirklichen Delikten (Justizsachen) einerseits und zwischen bloßen Verwaltungsmaßregeln (Disziplinarstrafen) und wirklichen Strafen andrerseits bestimmt bezeichnen[7]), so ist damit für das eigenthümliche Verhältniß zwischen Kirche und Staat noch nichts gewonnen, da es mehrere Arten von Dienstverfehlungen giebt, bei welchen die Kirche die Verletzung ihrer Ordnung als den wesentlichen Gesichtspunkt behaupten, der Staat aber ein weltlich zu strafendes Vergehen annehmen wird. Schreitet nun hier der Staat gemäß dem anerkannten Grundsatz[8]) seiner Berechtigung in weltlichen Straffachen vor und erkennt Strafen, die bei Staatsdienern den Amtsverlust als Selbstfolge nach sich ziehen müßten, hier also das Disziplinarverfahren überflüssig machen würden, so wird die katholische Kirche zu dieser sekundären Stellung einer politischen Verwaltungsbehörde sich nie bequemen, vielmehr die Kognition über die Wirkung des Delikts auf die Amtsverhältnisse ihres Dieners sich stets vorbehalten[9]). Solchenfalls ist nun wohl freilich in der

---

1) Das Nähere s. bei Permaneder §. 584. Richter §. 209.

2) s. Permaneder §. 583. j. §. 561. 562 u. 437.

3) s. Permaneder §. 570. 571. j. 549—554. vgl. Oestr. VO. 18. April 1850. §. 4. 5.

4) Eichhorn II. 114. 115. 128—130.

5) In Beziehung auf die Strafen giebt zwar Eichhorn die Dienstentlassung als das Maximum der Disziplinarstrafe an. II. 115. 129. In Beziehung auf die Delikte dagegen überläßt er Alles dem Ermessen.

6) Heffter im N. Arch. XIII. 48—87. 155—194 und Beitr. z. deutsch. Staatsr. I. 131 ff. J. H. Böhmer Exercit. ad Pand. VI. p. 1 sq. Jd. J. eccl. Prot. V. 31. p. 508 sq. Martin Heidelb. Rechtsgutachten I. 24 ff. Buddeus im Rechtslex. I. 220 ff. Pfeiffer a. a. O. Mittermaier n. 1—8 z. Feuerb. §. 477. Beseler S. 542—550.

7) Unklar hierüber ist namentlich Heffter im N. Arch. a. a. O. s. bes. S. 62. 75. 76. 171. 177. 178. 193.

8) Permaneder §. 259. 579. Richter §. 208 n. 5.

9) Aktenstücke rc. S. 46. Heffter im N. Arch. XIII. 173. 176. Zu

Regel zu hoffen, daß die Kirche nicht einen ganz andern Begriff von Sittlichkeit als der Staat haben, und somit auch ihrerseits suspensio, privatio beneficii, depositio oder degradatio aussprechen werde. Sollte jedoch diese Hoffnung täuschen, so wäre der Staat, der sich keine Verhöhnung gefallen lassen darf, darauf angewiesen, vermöge höchster Polizeigewalt der fortdauernden amtlichen Wirksamkeit der von ihm verdammten Person mit allen durch den Zweck gebotenen Mitteln entgegenzutreten [1]). Liegt aber diese Anerkennung der selbständigen Kognition der Kirche über die Amtsverhältnisse eines Kirchendieners in der begrifflichen Scheidung beider auf relativ verschiedene sittliche Prinzipien gegründeten Ordnungen, so muß auch der Staat da, wo die Kirchenbehörde wegen eines Amts- oder Standesvergehens einen Kleriker suspendirt, entläßt oder bleibend absetzt, diese disziplinarische Gewalt der Kirche im Prinzip anerkennen und zur Zwangsvollziehung den weltlichen Arm leihen [2]). So gewiß jedoch im vorigen Fall die Kirche sich ihr selbständiges Urtheil vorbehält, so wenig ist im letzteren Fall der Staat gehindert, ja er ist vielmehr verpflichtet [3]), seine Hilfsleistung von dem Resultat einer selbständigen Kognition über den ordnungsmäßigen Vorgang der geistlichen Behörde abhängig zu machen, resp. den Rekurs an seine Behörden behufs einer Prüfung der Sache in diesem Sinne zu gestatten [4]).

c) Ausschließlichkeit der Rechtspflege des Staats in seiner eigenthümlichen Sphäre.

§. 27.

Um so gewisser aber (§. 21) bleibt innerhalb der ihm eigenthümlichen Sphäre der Staat die zur Reaktion gegen das objektiv Unsittliche, die Verletzung des Rechts als solchen allgemein und ausschließlich berechtigte und verpflichtete Macht; und, was ihm hier sogar mit Ausschluß jedes Privatvergleichs zusteht [5]), das gebührt ihm in der Sphäre des Civilunrechts zum Mindesten für den Fall, daß die streitenden Partheien nicht gütlich übereinkommen können. Abgesehen von diesem Fall [6]) ist daher die Selbsthilfe, namentlich die Privatrache widerrechtlich. N. Rev. S. 705—708.

---

diesem Behuf ist in Oestreich im Jahr 1850 den weltlichen Gerichten die Mittheilung der Akten an den Bischoff ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden. Aktenst. S. 57.

1) Heffter im N. Arch. XIII. 194. Eichhorn KR. II. 130. 131. Dasselbe behält sich auch die östreich. Regierung (im J. 1850) in sehr höflichen Formen vor. Aktenst. rc. S. 56.

2) Permaneder §. 578 n. 5. 6, wo die Worte „unter dieser Voraussetzung" bes. zu beachten sind.

3) Heffter a. a. O. S. 156. vgl. K. K. VO. 18. April 1850. §. 5. f. zwar dag. der Josephinismus rc. S. 75—78. vgl. aber Gärtner Was haben uns die versamm. Bisch. gebracht? H. 1. S. 34. 58.

4) vgl. Permaneder KR. §. 67. 68. Warnkönig die katholische Frage rc. 1850. S. 22—26 und bes. die Schrift des Erzbisch. Affre du prem. appel comme d'abus. 1846. p. 270.

5) Mein Wendepunkt rc. S. 18—21.

6) nebst einigen wenigen positivrechtlichen Ausnahmen s. §. 16. Anm. 1. a. E.

Der behauptete[1]) aprioriſche Streit zwiſchen abſtrakter Erlaubtheit oder Unerlaubtheit[2]) der Selbſthilfe iſt in der That kein prinzipieller, da beide abſtrakte Behauptungen relativ richtig ſind, beiderſeits aber verſchiedene Fragen zuſammengeworfen werden, die vielmehr auseinander gehalten werden müſſen. Daß bei unbeſtrittenem Rechte jeder ſein Recht unmittelbar geltend machen und verwirklichen kann, ſoweit er dabei[3]) nicht in fremde Rechtkreiſe ſtörend eingreift, iſt unbeſtritten. Aber dies iſt eben nicht wahre Selbſthilfe[4]) (eigenmächtiges Umgehen der richterlichen Gewalt, die hier gar keinen Beruf zum Einſchreiten hat); es kann daher das Verbot wahrer Selbhilfe nicht als Ausnahme von jener Regel aufgeſtellt werden[5]). Umgekehrt iſt der Satz ganz richtig, daß alle wahre Selbſthilfe widerrechtlich ſei, wo nicht der Geſichtspunkt der Selbſtvertheidigung eintrete[6]). Aber es iſt unrichtig, wenn man das Kriterium lediglich in das Zureichen oder Nichtzureichen der Staatshilfe ſetzt, da dadurch die Gefahr einer unzuläßigen Erweiterung des Begriffs der Selbſthilfe in das Gebiet der erlaubten Rechtsverfolgung hinein erzeugt wird[7]). Man muß daher wohl unterſcheiden 1) die Fälle erlaubter unmittelbarer Rechtsverfolgung, wozu auch die Entſcheidung von privatrechtlichen Streitigkeiten durch Loos, Vergleich ꝛc. gehört[8]); und 2) die Fälle, wo ein ſtreitiges Rechtsverhältniß vorliegt, deſſen Entſcheidung der Einzelwillkühr nicht mehr ohne ſtörenden Eingriff in einen fremden Rechtskreis möglich iſt und eben deshalb nur der allgemeinen Macht, dem Staate zuſteht[9]). Die Ausnahme zu dieſer Regel bilden dann 3) die Fälle der Selbſtvertheidigung bei nicht bereiter Staatshilfe (§. 28), welche hiernach durchaus nicht mit den unter 1) angef. verwechſelt werden dürfen[10]). — Unbegreiflich iſt aber, wie man ohne dieſe Vorderſätze das Recht der Nothwehr abhandeln mag[11]).

---

1) Puchta Pandekten §. 80 n. b.

2) Benfey im Rhein. Muſeum VII. 1. vgl. Puchta a. a. O. und dagegen Linde in ſ. Zeitſchr. 1828. I. 392 ff. Scheuerlen Civilproz. I. §. 22. und d. Meiſten.

3) in dem Falle, den Puchta n. c. anführt, handelt es ſich eben von einem ſolchen Verletzen fremden Rechtes nicht. ſ. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 407. n. 10. a. E.

4) vgl. Wächter a. a. O. §. 60. 61. (gegen Lb. des Straf.R. II. S. 52). Gleichwohl hat auch noch die neuere Ausführung (II. S. 403) etwas Unbeſtimmtes, gleich der von Puchta a. a. O.

5) wie von Puchta geſchieht, aber im verdeckten Widerſpruch mit §. 80 a. E.

6) Linde a. a. O., wo freilich kein Beweis geführt iſt. ſ. dag. z. B. Feuerbach §. 186. Grolman §. 24. Abegg §. 453. Henke III. 291. ff. Marezoll S. 249—251.

7) Zwar nimmt Linde in den Begriff der Selbſthilfe das Moment: „gegen den Willen des Gegners“ auf; allein dies genügt nicht, um eine Reihe von Fällen auszuſchließen, in denen auch unter dieſer Vorausſetzung eine erlaubte Rechtsverfolgung vorliegt, ohne daß man ſich durch den Staat bevormunden zu laſſen hätte. ſ. z. B. l. 29. §. 1 D. ad l. Aqu. (9. 2) und Wächter W. Pr.R. II. S. 403. n. 2. (vgl. Linde a. a. O. S. 422. 423), und die Fälle der erlaubten Selbſthilfe.

8) R. Rev. S. 707. 708. vgl. auch l. 27. pr. D. de serv. praed. rust. (8. 2). l. 1 C. ut. nem. lic. (2. 17). l. 2 C. ut nemo priv. (2. 16).

9) Als unterſtützende Gründe hiefür ſind auch ſolche anzunehmen, wie ſie von Puchta §. 80 und Wächter §. 61 angeführt werden.

10) Denn ad 3) wird das Recht des Einzelnen ſtets nur ſtellvertretend für den Staat ausgeübt, was ad 1) nicht behauptet werden kann, wenn nicht die unerträglichſten Konſequenzen für die bürgerliche Freiheit ſich ergeben ſollen.

11) Die Juriſten aus der Schule von Kant trifft dieſer Tadel nicht. (vgl. Grol-

§. 28.

Die Ausschließung der Selbsthilfe ist jedoch dadurch bedingt, daß der Staat jedem zu seinem Rechte verhilft. Allein eben hier ergiebt sich eine Antinomie. Einerseits nimmt die rechtsschützende Thätigkeit des Staats in der angef. Weise die Ausschließlichkeit für sich in Anspruch. Andrerseits unterliegt deren praktische Wirksamkeit unvermeidlichen Beschränkungen. Als Rechtspflege nämlich setzt sie die bereits wirklich gewordene Existenz des Unrechts voraus, kann also erst drohendes Unrecht gar nicht treffen [1]. Als Rechtspolizei dagegen sucht sie allerdings auch erst drohendes Unrecht zu verhindern; allein in dieser Richtung muß sie sich dem Grundprinzip der Polizei gemäß auf die allgemeinen und konstanten Möglichkeiten des Unrechts beschränken, und kann und darf sich nicht die Aufgabe stellen, jedem Einzelnen in jedem Augenblick schützend zur Seite zu stehen. Es muß daher Fälle geben, in welchen der Einzelne vom Schutz des Staats verlassen ist. Müßte nun aber das mit dem Verluste eines Rechts bedrohte Individuum diesen Verlust ruhig hinnehmen, so würde der Staat durch eine solche Zumuthung das Unrecht als geltend, d. h. als Recht setzen. Die Lösung dieser Antinomie liegt in dem Rechte der Nothwehr, welches solchenfalls für das angegriffene Individuum eintritt und als ein durch den Grundsatz der absoluten Nichtigkeit des Unrechts (§. 3) getragenes, für den Einzelnen vom Staat abgeleitetes, daher auch an gewisse Bedingungen und Grenzen gebundenes Recht erscheint. N. Rev. S. 708—715.

1) Der absolute Grund für die Rechtmäßigkeit der Nothwehr liegt darin, daß sich darin das Recht gegen das Unrecht als das in sich Nichtige geltend macht. Diese Begründung liegt ebenso in der Deduktion der auf dem Boden der Kantischen [2], als der auf dem Boden der Hegel'schen Philosophie Stehenden [3]. Allein beide Standpunkte trennen sich wieder in der näheren Ausführung. Der erstere, wo er konsequent aus der Grundansicht entwickelt wird, stützt sich darauf, daß Jeder sein natürliches Selbstvertheidigungsrecht nur unter der Bedingung an den Staat übertragen habe, daß dieser den erforderlichen Schutz gewähre, daher

---

man §. 23. 24. Feuerbach §. 36. 37). Ganz verkehrt ist die Stellung der Nothwehr unter die Gründe der aufgehobenen Zurechnung, — ein Fehler, den sogar noch Jarcke I. 144 ff. begeht. Auch Berner im N. Arch. 1848. S. 547 ff. giebt keine erschöpfende Deduktion.

1) Beim Versuch ist das Unrecht in die Existenz getreten.

2) Weder Kant a. a. O., noch Fichte Nat.R. II. 82—85 (vgl. übrigens S. 5. 7. 96) sprechen sich mit erforderlicher Vollständigkeit aus. s. aber Grolman §. 23. 24. Feuerbach §. 36. Henke I. S. 206.

3) vgl. bes. Heffter § 41 n. 1. Richter philos. Strafr. S. 135 ff. Michelet philos. Moral S. 161 ff. Luden Hdb. I. 292 (dessen Polemik gegen die Vorgenannten unbegreiflich ist. N. Rev. S. 710). Sonderbarer Weise trennt sich Abegg Lb. §. 109. Unters. S. 111 ff. in dieser Frage ganz von dem Prinzip, das er sonst durchzuführen strebt. vgl. auch Rosmini filos. d. dir. p. 696—718.

beim Wegfallen dieser Bedingung jenes ursprüngliche (naturzuständliche) Recht wieder auflebe [1]). Andre haben aber die Konsequenz des Prinzips noch weiter bis zu dem Satze verfolgt, daß in solchen Fällen für den Angegriffenen der Staat praktisch gar nicht vorhanden sei, sofern hier ein Nothstand eintrete, d. h. ein Zustand der aufgehobenen Möglichkeit der Koexistenz, der an und für sich die Aufhebung des allein auf der Möglichkeit der Koexistenz beruhenden Rechtszustandes enthalte [2]). Natürlich wäre aber hiemit die Nothwehr nicht als Recht, sondern nur als faktische Gewalt legitimirt und, da die Aufhebung des Rechtszustandes vorausgesetzt wird, käme dieselbe Betrachtung dem ungerechten Angreifer zu gut, falls er die größere physische Macht hätte [3]). Außerdem ist es eine schädliche Begriffsverwirrung, Nothstand und Nothwehr zu verwechseln und in beiden Fällen eine Kollision anzunehmen, da in Wahrheit eine solche nur beim Nothstande, nicht aber bei der Nothwehr stattfindet [4]). — Ebensowenig genügt aber allerdings zur Rechtfertigung der Nothwehr die abstrakte Berufung auf die Nichtigkeit des Unrechts in sich [5]). Vielmehr ist weiter zu zeigen, daß eine solche Manifestation dem Individuum nur in gewissen Fällen, nämlich eben nur im Falle der Noth zustehe, und zwar nur als ein vom Staat abgeleitetes Recht [6]). Dabei ist aber nicht nur die abstrakte Möglichkeit solcher Fälle, sondern deren Nothwendigkeit zu zeigen, wie im §en geschehen ist.

2) Die Nothwehr hat mithin den absoluten Grund ihrer Rechtmäßigkeit, die Nichtigkeit des Unrechts als solchen, mit der Strafe gemein. Sie unterscheidet sich aber zugleich wesentlich von dieser dadurch, daß sie das Individuum zum Organ hat, und als Vertheidigung gegen ein erst drohendes, mithin maßloses Unrecht nicht an das Prinzip des gleichen Werthes gebunden sein kann, sondern ihre Grenzen anderswoher gesteckt erhalten muß [7]). Sie ist vielmehr das gegen drohendes, im konkreten Falle durch den Staat nicht abwendbares Un-

---

1) s. Feuerbach §. 36; nach ihm Henke a. a. O. Abegg Lb. S. 169. Marezoll S. 82. 83 (der sich übrigens durch Zöpfl s. u. unnöthig geniren läßt). Bauer Lb. §. 50. Diese Fiktion verwirft nun auch Luden Hdb. I. S. 292. n. 4. vgl. Abh. II. 480. 481, ohne jedoch selbst auf klare Begriffe zu kommen, wie schon sein Anlehnen an Abegg zeigt. Nach neueren Staatsbegriffen ist sie ohnedies ohne Werth. s. auch Sander im N. Arch. 1841. S. 80. Welcker in Demme's Annal. XIV. 51 f.

2) Grolman §. 23. 24. Grävell im N. Arch. III. 280. 281. vgl. Abegg §. 107—109. Mittermaier z. F. §. 36.

3) Gegen die Verwechslung s. bes. Schröter S. 145. 146. n. 1. vgl. Marezoll S. 82. 88. Morstadt n. 1. z. F. §. 37. u. am besten schon Kant a. a. O. u. Fichte II. 85—87.

4) A. M. Abegg a. a. O. s. aber N. Rev. S. 711. 712. Heffter §. 41. n. 1., jetzt auch Berner im N. Arch. 1848. S. 552—555. Ganz verfehlt ist vollends die Subsumtion der Nothwehr unter den psychologischen Zwang (!) b. Hye S. 198. 199.

5) Abegg und Luden a. a. O., die jedoch gegen Heffter ganz mit Unrecht Front machen. N. Rev. S. 711. Feinere Bemerkungen macht Schröter §. 17—19, der aber doch zuletzt zugiebt, daß Nothwehr und Strafe wenigstens mittelbar Rechtsgrund und Zweck gemein haben.

6) Im Gegensatz gegen die Kantische Schule.

7) vgl. Schröter §. 17—21.

recht dem Individuum zu seinem eigenen oder zum Schutze eines Dritten zustehende Vertheidigungsrecht [1]).

3) Daß nun diese Auffassung im Wesentlichen ganz die des römischen Rechts sei, wird allgemein anerkannt [2]). Dagegen ist neuerdings behauptet worden, daß das deutsche Recht von jeher (bis zu der Zeit seiner Amalgamirung mit dem römischen, — resp. bis zu Feuerbach, — ja resp. noch neuerdings) dieses allgemeine Prinzip nicht anerkannt, vielmehr die Nothwehr nur als einen Fall des Nothstands, d. h. als ein exorbitantes Thun aufgefaßt habe, wobei die Verletzung an sich als unrechtmäßig, und nur aus Billigkeitsgründen als straflos angesehen worden sei. Namentlich soll also das deutsche Recht von einem Rechte der Nothwehr nichts wissen, solches vielmehr für den wahren deutschen Rechtsgeist gar nicht existiren [3]). Allein der Beweis dieser ganzen Behauptung [4]) ist gänzlich verunglückt. Was zunächst die germanische Zeit betrifft, so werden Stellen auf die Nothwehr bezogen, die gar nicht von ihr, sondern (trotz der Ausdrücke necessitate cogente, se defendendo etc.) [5]) von ganz andern Fällen sprechen, in welchen allerdings die Erlegung von Bußen gefordert wird [6]). Aber eben dieselben Volksrechte, die dergleichen verordnen, sprechen auch die völlige Unverantwortlichkeit bei wahrer Vertheidigung von Leib und Gut aus [7]) — Stellen, welche größtentheils wunderbarer Weise für die entgegengesetzte Ansicht angeführt werden. Je gleichförmiger aber in den Volksrechten gewaltsame Selbstvertheidigung zum

---

1) s. überh. noch Grattenauer üb. d. Nothwehr. 1806. Grävell im N. Arch. III. 279 ff. Kleinschrod eb. S. 383 ff. van der Maesen de justa sui defens. 1807. Bang de moderam. inculp. tutelae 1819. Smet de legit. sui defens. 1824. Ueb. Injurien, Hausrecht, Nothwehr ꝛc. nach preuß. R. 1827. Sander im N. Arch. 1841. S. 68 ff. Zachariä eb. S. 422 f. Zöpfl eb. 1842. S. 118 ff. 311 ff. 1843. S. 27 ff. Abegg Unters. S. 107—121. 180—186. Luden Abh. II. 475 ff. Roßhirt Entw. S. 204—208. Rechtsfälle bei Kappler 244—247.

2) Namentlich auch von Zöpfl N. Arch. 1842. S. 124—126. Was dieser S. 128 ob. von einem merklichen Schwanken der römischen Ansichten sagt (u. Mittermaier n. 2 zu F. §. 37 nachsagt), ist ohne Grund. vgl. Zachariä eb. 1841. S. 429—431. Rein S. 138—143. Das kanon. Recht in dieser Sache ist religiös gefärbt. c. 3. 10. 18. X. de homic. (5. 12).

3) N. Arch. 1843. S. 45—47. s. aber N. Rev. S. 715 u. jetzt auch Berner a. a. O. S. 547—550 (nicht gründlich).

4) Die freilich da und dort als wichtige Errungenschaft einregistrirt wurde. s. Mittermaier a. a. O. Die Behauptung ohne Beweis s. bei Trummer Vorträge I. 429 ff.

5) Capit. a. 805. c. 5. (P. I. p. 133). Wilda S. 231 n. 2. Auch Abegg Unters. geht hier in der Irre; noch mehr Biener d. engl. Geschw.Ger. I. 120 und sonst.

6) s. bes. L. Burg. II, 2. XLVIII, 1. 4. L, 1. L. Liutpr. IV, 2. VI, 9. vgl. Wilda S. 564. n. 3. Selbst Zöpfl nimmt hier wenigstens einen Exzeß der Nothwehr an, und gesteht (S. 131) beiläufig die Eigenthumsnothwehr zu! Wie er die S. 138. 139 cit. Kapitularien für sich anführen mag, ist kaum begreiflich.

7) L. Burg. XXIX. 1. vgl. L. Wisig VI, 4, 6. VI, 5, 19. VII, 2, 15. 16. Ed. Roth c. 32. 285. Form. Sirm. 30. 31. (Walter III. p. 389. 390). L. Rip. 77. L. Fris. V. L. Angl. et Werin. VII, 4. L. Sax. IV, 4. L. Bajuv. VIII, 5. j. Decr. Thassil. de pop. legib. 3. (Walter I. p. 296). L. Jnae c. 16. 21. 35. L. Aethelst. 1. §. 2. L. Aelfr. 25. L. Henrici I. c. 83.

Schutz der verschiedensten Rechte, namentlich auch des Besitzes[1]) unbedingt gestattet wird, um so bodenlosere Willkühr ist es, dem deutschen Rechte das Prinzip der Nothwehr[2]), mit andern Worten den Rechtssinn selbst abzusprechen. Dies umsomehr, da die Bestimmungen über den Beistand, den man einem Andern in Nothwehr befindlichen leistet, resp. zu leisten hat[3]), ohne das richtige Prinzip gar nicht zu begreifen sind. Wo wegen Verletzung des Kirchen- oder Pallastfriedens Buße gefordert wird[4]), da ist eben nicht die Nothwehr als solche, sondern nur die Nichtachtung jenes Friedens das Bußwürdige. Die gegnerischen Argumente aus den Rubriken sind bei Gesetzen überhaupt (die nicht systematisch zu sein brauchen), vollends aber bei Rechtsaufzeichnungen wie die Volksrechte[5]) nichts sagend. Ganz unglücklich ist aber die Herbeiziehung des Nothstandsbegriffs, da dieser, soweit bekannt ist, in den germanischen Rechtsquellen gar nicht vorkommt[6]) und in der von Zöpfl jedenfalls allein gemeinten (freilich noch sehr problematischen) Wirkung in Fällen der Kollision zwischen gleichen Rechten (Leben und Leben) auch in der That in jenen Quellen am wenigsten gesucht werden darf, da die Schuldlehre, worauf er in dieser Ausdehnung allein zurückgeführt werden kann, in den Volksrechten bekanntlich noch sehr unentwickelt ist. — Ebensowenig liegt ein Beweis in den vielfach beschränkenden Bestimmungen über den Beweis der Nothwehr. Solche zeigen sich allerdings theils in symbolischen Formen[7]), theils in materiellen Erfordernissen, z. B. daß der auf Nothwehr sich Berufende selbst verwundet sei[8]), oder daß der Dieb die gestohlene Sache bei sich gehabt habe ꝛc.[9]). Allein sie beweisen nur die mangelhafte Entwicklung des Beweisrechts, keineswegs ein Odium gegen das Recht der Nothwehr, — schon deshalb nicht, weil ganz ähnliche Forderungen wie an den, der auf Nothwehr sich berief, auch an den gestellt wurden, der wegen astus animus oder culpa (s. u.) auf mildere Beurtheilung Anspruch machte[10]). Abgesehen nun aber von alle

1) gegen Brandstifter und bes. gegen Diebe. s. d. ang. Stellen.

2) Die Argumentation aus der „kaltblütigen Berechnung" bei Trummer a. a. O. ist ebenso vag, als irrig, da die betr. „Abwägung" wirklich in den Volksrechten vorkommt, und zwar nicht nur etwa im westgothischen, sondern auch im ripuarischen. vgl. L. Henr. I. c. 83.

3) Ed. Roth. c. 13. L. Henr. I. c. 82. §. 3. c. 88. §. 10. vgl. Lüttich. Krim. Stat. b. Warnkönig Lütt. Gewohn R. S. 73. c. 10.

4) Leg. Langob. Lothar. I. c. 57. L. Henr. I. c. 80. §. 7. 8.

5) ebenso die Argumentation aus den Ausdrücken von Schriftstellern wie Seb. Brandt. s. N. Arch. 1842. S. 319. 1843. S. 43 n. 16. (freilich soll Brandt die „treffliche" Aeußerung nur „[illegible]ichsam unbewußt" gethan haben!)

6) Auch bemüht sich Zöpfl, was doch das Erste gewesen wäre, gar nicht um eine solche Nachweisung.

7) L. Rip. 77. L. Henr. I. c. 83. vgl. Sächs. LR. II. 14. §. 1. Schwäb. LR. c. 79. IV.

8) L. Burg XLVIII, 4. vgl. Bamb. Stadtr. §. 33. 158. 166. Schwäb. LR. c. 79. II. Sächs. LR. I. 63. §. 1.

9) L. Bajuv. VIII, 5. vgl. Schwäb. LR. a. a. O.

10) Wilda S. 576—578. 594—597. vgl. S. 162—164. Die schwierige Frage war die nach dem Anfänger des Streits. Allein eben die bestimmte Stellung dieser Frage zeigt wieder, daß man ganz den richtigen Gedanken der Selbstvertheidigung gegen drohendes Unrecht aufgefaßt hatte. Legg. Lang. Loth. I. c. 57. L. Henr. I. c. 83. Graugans II. Sect. 8. a. c. 5. Abs. 3. Ass. de Jerus. de la b. cour. c. 258. (Kausl. I. p. 312. 313), wo bes. die von Zöpfl N. A. 1842,

dem, erscheint es in der That kaum begreiflich, wie man dazu kommen mag, gerade das Prinzip der Nothwehr [1]) einem Rechte abzusprechen, das die Selbsthilfe in so großem Umfange legitimirte [2]) und durch deren allmälige Beschränkung ganz naturgemäß von selbst auf den Begriff der Nothwehr geführt werden mußte, selbst wenn es davon kein Bewußtsein gehabt hätte [3]). Daß aber dies der Fall war, dafür liegt endlich noch der ganz positive Beweis darin, daß die deutschen Volksrechte keineswegs bloß von Tödtung und Verwundung, sondern auch von geringeren Eingriffen in die Freiheit des Angreifers, namentlich durch Binden desselben sprechen und diese ganz ebenso wie Tödtung ꝛc. durch das Prinzip der rechtmäßigen Selbstvertheidigung legitimiren [4]). — Eben dies thut auch das schwäb. LR. [5]), und, wie in der Periode der Volksrechte, so fallen auch in der Zeit der Rechtsbücher die mageren Beweise für das Gegentheil in Nichts zusammen. Sie stützen sich darauf, daß im sächs. LR. und verwandten Quellen in manchen Fällen trotz erwiesener Nothwehr dennoch das Wergeld und eine Wette an den Richter habe erlegt werden müssen [6]), sowie darauf, daß auch jetzt hier und anderswo der Beweis der Nothwehr streng genommen worden sei [7]). Allein beides hängt theilweise zusammen und beweist eben im Zusammenhange nichts. Allerdings nämlich kommt Wergeld und Wette in norddeutschen Quellen vor, — aber letztere wenigstens nur in Fällen, wo man den Beweis der Nothwehr nicht für vollständig erbracht erachtete [8]). Wo letzteres der Fall war, da tritt auch in jenen Quellen das Prinzip der gänzlichen Unverantwortlichkeit ungetrübt hervor, namentlich bei der Nothwehr gegen Thiere, und wenn der auf Nothwehr sich Berufende sich sofort selbst vor Gericht stellt und den Getödteten eines Fried-

---

S. 144. angef. Bestimmung über das Geständniß Seitens des Erschlagenen den klarsten Beweis gegen ihn liefert.

1) Wenn dasselbe in Bezug auf das Prinzip des Nothstandes geschehen wäre, so hätte man mehr Verständniß jenes Rechts gezeigt.

2) Dies zeigt sich gerade noch bei den Bestimmungen der Volksrechte über Eigenthumsnothwehr. s. bes. Ed. Roth c. 32. vgl. Wilda S. 889—891.

3) Den frühesten Beweis lieferte das westgoth. Recht. s. aber auch L. Baj. de pop. leg. c. 3. L. Sax. IV. 4. u. a.

4) s. z. B. L. Rip. 77. Ed. Roth c. 32. L. Henr. I. c. 83. vgl. Wilda S. 165. 308. 795. n. 3. 889—891.

5) c. 79. IV. vgl. L. Rip. und Ed. Roth. l. c. Wenn der Sachs. Sp. von geringeren Arten der Selbstvertheidigung nicht spricht, ist daraus nur zu schließen, daß er sie als etwas betrachtet, das sich von selbst versteht, s. aber z. B. Gosl. Stat. (Göschen) S. 36, 36—41. S. 88, 21—26.

6) Sächs. LR. II. 14. Rechtsb. n. Dist. (Ortl.) IV. c. 5. d. 2. 6. 7. c. 6. d. 1. Was Göschen S. 345 n. 7. aus den Gosl. Stat. anführt, beweist das Verlangte nicht.

7) Sächs. LR. a. a. O. u. I. 63 §. 1. vgl. Schwäb. LR. c. 79 II. c. 342. Augsb. Stadtr. von 1276. c. 102. (Walch IV. 122). Ger.buch v. Regensburg bei v. Freiberg V. H. 1. S. 66. 71. Bamb. Stadtr. §. 158. 160.

8) s. Zöpfl selbst N. Arch. 1842. S. 148 ob. Sächs. LR. II. 14 j. III. 10. §. 1. 3. Göschen Gosl. Stat. S. 351 unten, 352 ob. 359. n. 5. vgl. im Zusammenhang Rechtsb. n. Dist. IV. c. 1. d. 2., c. 4. d. 3, — c. 5. d. 2. 6. 7., c. 6. d. 1. 2. Schwäb. LR. c. 79. IV. Gosl. Stat. S. 34. 35 f. Glosse z. sächs. LR. II. 14. 38. Carpzov qu. 28 nr. 34—50. Haeberlin Speculorum ꝛc. j. crim. p. 28—30.

bruchs überführt [1]). Zugegeben ist ohnedies, daß auch das sächs. LR. Tödtung aus Nothwehr für keine Felonie und für keinen Grund zur Ausschließung von der Erbschaft des Getödteten erklärt [2]), sowie daß dieselben Grundsätze auch bei Angriffen auf das Eigenthum (gegen Diebe, Räuber rc.) Anwendung fanden [3]). Das Wergeld bei Tödtung in der Nothwehr findet sich übrigens auch in Ländern fränk. Rechts, wo es jedoch früh abkam. Wenn es im Gebiet des sächs. Rechts noch bis in die späteste Zeit sich erhielt, so hängt dies mit den eigenthümlichen Grundsätzen des germanischen Rechts über Schadenersatz, sowie mit dem Bestreben, möglichst der Blutrache vorzubeugen, zusammen [4]). Jedenfalls aber trägt das schwäb. LR. schon ganz die vermeintliche römische Theorie über die rechte Nothwehr und ihre Bedingungen im Keime; dasselbe macht einen Fortschritt im Beweissysteme und läßt wenigstens mit infolge hievon das Wergeld des sächs. LR. fallen [5]). Ganz hieran schließen sich die süddeutschen Stadtrechte [6]) und besonders das Rechtsbuch Ruprechts v. Freising [7]). Keineswegs tritt in dieser ganzen Entwicklung ein dem germanischen Rechte fremdes Element und hiemit eine Entartung des ersteren ein. Vielmehr sieht man nur den auch in jenem schon ursprünglich enthaltenen richtigen Gedanken mehr und mehr aus den Hindernissen einer noch unbeholfenen Rechtsbildung (namentlich einer zu breiten Anerkennuug der Selbsthilfe und eines mangelhaften Beweissystems [8]) herauswachsen und so Schritt für Schritt der im römischen Rechte bereitliegenden gebildeten Form sich nähern. Sehr treffend zeigt sich dies auch fernerhin besonders in den Ausführungen von Seb. Brandt [9]) und in den ver-

---

1) Gosl. Stat. S. 43, 31—33. S. 89, 3. 4. Sächs. LR. II. 62. §. 2. III. 48 §. 4. Schwäb. LR. c. 342 (von Zöpfl mißverstanden). vgl. Rechtsb. n. Dist. IV. c. 1. d. 2. Wilda S. 163. 594 ff. u. Sächs. LR. I. 64. 69. II. 14. §. 2 a. E. Stadtr. v. Kleve c. 126. N. Arch. XIII. S. 278 n. 96. s. auch Zöpfl RG. II, 1. S. 407.

2) Sächs. LR. III. 78. §. 6. III. 84. §. 3. Schwäb. LR. c. 151. s. auch schon Carpzov qu. 28. nr. 34.

3) Sächs. LR. I. 64. Schwäb. LR. c. 79 IV. (vgl. L. Baj. VIII. 5. L. Rip. 77. Ed. Roth. c. 32). — Const. pac. Frid. I. a. 1156. §. 1. 2. 13. (P. II. p. 101 sq.). Lüb. R. b. Hach Abth. IV nr. LI. p. 571. Rechtsb. K. Ludw. (v. Freib. IV. 3. S. 445), c. 166. Münchn. Stadtr. (Auer) Art. 125. (S. 50.)

4) vgl. Tönsen das allg. posit. Priv.R. S. 236. v. Schirach schlesw.holst. Krim.R. I. 53 f. Wend. Rügian. Landgebr. Tit. 21. Birnbaum N. Arch. XIII. 428.

5) c. 79. 233. 314. III. vgl. Roßhirt Entw. S. 224.

6) Zöpfl im N. Arch. 1842. S. 156.

7) II. c. 7. (Maurer). Neu ist hier übr. gegenüber dem Schwab.Sp. nicht die Rücksicht auf das Nichtentweichen können, wohl aber, daß dem Angegriffenen eine schimpfliche Flucht nicht zugemuthet und der Beweis in der Regel (s. aber auch c. 28) noch mehr erleichtert wird. vgl. Memminger Stadtr. b. Freiberg V. 1. S. 255.

8) s. bes. das sächs. LR. und die verschiedenen Stellen in dem Rechtsb. n. Dist. a. a. O. im Vergl. mit dem schwäb. LR. und Ruprecht v. Freis. und diese wieder im Vergleich mit dem Bamb. Stadtr. §. 158. 160. einerseits und den L. Henr. I. c. 83 andrerseits. s. auch Bamb. 165. P.G.O. 139. 140.

9) s. Zöpfl a. a. O. S. 317—322. Das Wort Malefiz sagt nichts; denn Br. rechtfertigt ja die Verletzung geradezu aus der Ungerechtigkeit des Angriffs, mit ausdr. Berufung auf das röm. Recht.

wandten Bestimmungen der Wormser Ref. VI. Tit. 7. Sie gestatten namentlich auch die Eigenthumsnothwehr, die Ausdehnung des Rechts gegen den fliehenden Dieb und den Beistand für einen Dritten in Nothwehr befindlichen, begünstigen den Beweis der Nothwehr und bemühen sich, ihre Bedingungen und Grenzen nach dem Prinzip der gerechten Selbstvertheidigung festzustellen. So läßt sich denn endlich auch der P.G.O keineswegs ein „Durcheinanderwerfen verschiedener Prinzipien mit vorwiegenden germanischen Elementen“ nachsagen [1]. Sie klaubt nicht etwa bloß einzelne römische Sätze auf und vermengt sie nothdürftig mit vermeintlich anders begründetem Herkommen, sondern sie bringt die schon bisher im deutschen Rechte angebahnte Erhebung zum reinen Begriff der Sache mit Hilfe des röm. Rechts zur vollen Ausführung. Eine besondere Unterstützung hiefür liegt noch in der wesentlich gleichen Auffassung, wie sie sich bei J. Damhouder, J. Clarus und später bei Karpzov findet [2]. Aus Allem erhellt mithin, daß die neuere Doktrin und Gesetzgebung keineswegs eine Verfälschung, sondern vielmehr die richtige und konsequente Durchführung des nationalen Gedankens enthält [3].

§. 29.

Die Bedingungen der Nothwehr sind 1) ein die Verletzung eines Rechts, gleichviel welcher Art, drohender Angriff, welcher 2) ein ungerechter sein muß, und wogegen 3) die zeitige Hilfe des Staats nicht als Abwehrmittel zu Gebot gestanden haben darf. N. Rev. S. 715—732.

1) Prinzip der Nothwehr ist die Rechtmäßigkeit der Selbstvertheidigung gegen einen (ungerechten) Angriff [4]) auf irgend ein Recht. Dabei unterscheiden die gemeinrechtlichen Gesetze [5]) keineswegs zwischen uneigentlicher und eigentlicher Nothwehr [6]), namentlich nicht in dem Sinne, daß jene (die reine defensive Gewalt) nicht an die Bedingungen der eigentlichen Nothwehr gebunden wäre. Wenn man allerdings unter ersterer eine bloße Abwehr versteht, die, wenn auch positiv thätig, doch zu keinem irgend juristisch bedeutenden Eingriff in die Freiheit des

---

1) Die Anknüpfung der P.G.O. an einzelne Momente des Schwab. Sp., Ruprechts, oder der Volksrechte beweist natürlich gar nichts, ebensowenig die Rubriken vor Art. 138 u. 150, und die Behauptung, daß im Art. 150 ein selbständiger, von der Nothwehr unabhängiger Gesichtspunkt genommen sei, (s. dag. Art. 142!). Verfehlt ist ferner die Versicherung, daß die P.G.O. bloß von einem lebensgefährlichen Angriff spreche (Art. 150).

2) Damhouder pract. c. 76 sq. J. Clar. Rec. Sent. V. §. homic. nr. 24—36. Carpzov Pract. I. qu. 28—33.

3) Das östr. GB. hat jetzt die frühere beschränkte Auffassung aufgegeben. §. 2. g. Hye S. 199.

4) Cic. p. Mil. Quinct. V, 14, 20. 22. X, 5, 13. §. 2 J. de l. Aqu. (IV. 3). l. 3. D. de J. et J. (1. 1). l. 4 pr. l. 5. 45 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1. §. 27 D. de vi (43. 16.) l. 1. C. unde vi (8. 4). P.G.O. Art. 139. 150 §. 1.

5) Aber auch nicht das preuß. LR. II. 20. §. 517. 518, wie Grävell N. Arch. III. 179 ff. willkührlich behauptet.

6) Die Unterscheidung ist auch deßhalb verwirrend, weil sie in verschiedenem Sinne genommen und mit sehr verschiedenen Wirkungen versehen wird. Henke I. 209. 210. Luden Abh. II. 477. 478. Hdb. I. 291, u. dagegen Grävell a. a. O., den freilich Luden gutsmuths für sich anführt. vgl. Grattenauer S. 72. dag. Wächter I. S. 89.

Angreifers übergeht, so kann der Unterschied zugegeben werden, nur darf ein solches Verhalten auch nicht einmal als uneigentliche Nothwehr prädizirt werden, da Nothwehr stets die Unmöglichkeit der Staatshilfe voraussetzt. Reine Abwehr [1]), welcher der Angreifer sich fügt, fällt unter den Begriff der einfachen Rechtsverfolgung (§. 27. Anm.) wobei die Justizgewalt gar nicht interessirt ist [2]). Allein unter dieser Voraussetzung ist die Unterscheidung gänzlich unpraktisch, da im Fall eines ungerechten Angriffs, der zunächst zu einer reinen Abwehr Veranlassung giebt, in der Regel die Sache nicht in diesem Stadium stehen bleiben und hiemit die sog. eigentliche Nothwehr eintreten wird [3]). Sobald nun aber die reine Abwehr in einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Gegners übergeht, hat sie auch die Unmöglichkeit der bereiten Staatshilfe zur absoluten Bedingung [4]), da sie außerdem unerlaubte Selbsthilfe wäre. Allein von diesem Augenblick an kann man auch verschiedene Sorten von Nothwehr nicht mehr unterscheiden, und zwischen defensiver und aggressiver Gewalt keine irgend praktische Grenze ziehen [5]). — Aus dem Prinzip selbst folgt nun aber, daß es völlig gleichgiltig sein müsse, welches Recht durch den ungerechten Angriff bedroht sei. Dies erkennt auch das gemeine deutsche Recht vollkommen an, ohne irgend ein Recht (namentlich die Ehre oder das Eigenthum) auszunehmen [6]). Allerdings sind aber die Ansichten der Rechtslehrer in dieser Frage sehr getheilt. Was zunächst die Ehre betrifft, so läßt man zwar Nothwehr gegen Realinjurien [7]) und Angriffe auf die Keuschheit wohl allgemein zu. Dagegen schließt man häufig Nothwehr gegen Verbal- und symbolische Injurien aus, theils weil hier stets rechtlicher Ersatz möglich sei, theils weil derlei Injurien stets als bereits vollendete Delikte hervortreten [8]); — jedoch in beiden Beziehungen mit Unrecht [9]).

---

1) Ueber diesen Begriff geht Luden Abh. II. S. 485 zwar nicht in not. 1, wohl aber im Texte gleichfalls hinaus. Andrerseits wird allerdings (s. o.) der Kreis der unmittelbaren Rechtsverwirklichung zu sehr beschränkt, wie von Linde, Wächter u. A.

2) Mit Recht verweist daher Luden Hdb. I. 292. n. 3. die uneigentl. Nothwehr in seinem unschuldigen Sinne ganz in's Civilrecht.

3) Auf dieser Voraussetzung beruht auch die verkünstelte Ausführung von Luden.

4) Dies giebt auch Grävell für seine „uneigentliche" Nothwehr zu.

5) Auch Henke I. 210 unterscheidet so, jedoch ohne praktische Folge. Zu den unklaren Vorstellungen gehört auch die Ausführung bei Marezoll S. 84. 85. s. dag. Wächter Wirt. Priv.R. II. §. 61 und Marezoll selbst S. 84. n. 4.

6) l. 3 D. de J. et J. (1. 1) l. 1. §. 4. l. 9 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1 C. unde vi (8. 4). P.G.O. Art. 139. 140. 150. A. M. Luden Abh. II. 489—494 ff. Hdb. I. 295. n. g. s. dag. Böhmer Medit. ad CCC. art. 140 §. 3. Zachariä im N. Arch. 1841. S. 429—434. Berner a. a. O. S. 562—589.

7) Aeltere schränkten häufig die Nothwehr auf Realinjurien gegen Offiziere und Standespersonen ein. Böhmer ad art. 140 §. 2. Quistorp §. 242, selbst noch Grattenauer S. 119. 120. Jarcke I. 150 n. 33. s. dag. Breidenbach I. 1. S. 596.

8) Feuerbach §. 38. n. 3. vgl. Püttmann Elem. §. 322. Grolman §. 25. not. d. Jarcke I. 149. Zachariä üb. d. Versuch I. 75. 76. Luden Abh. II. 485. Hdb. I. 299. Martin §. 45. n. 8. Marezoll S. 85. 86. Mittermaier n. 2. z. F. §. 38 und Morstadt n.* z. §. 38. n. c.

9) N. Rev. S. 442. 718—720. vgl. Klein z. Quist. §. 242. n. h. Tittmann I. 271. not. h. Grattenauer S. 98 f. Grävell N. Arch. III. 291—295. Henke I. 214. Bauer §. 51. n. c. Heffter §. 43. n. 4. Hermann Krit. d. sächs. GB. S. 141. Abegg Unters. S. 113 ff. Hufnagel I.

In Beziehung auf das Eigenthum machen einige die rein quantitative Beschränkung, daß es sich nicht um einen unbedeutenden Gegenstand handeln dürfe [1]), wo dann natürlich die Grenze ganz willkührlich ist; oder die qualitative, daß es sich um ein in abstr. oder doch wenigstens in concreto unersetzliches Gut handeln müsse [2]), wobei dann häufig die abstrakte Ersetzlichkeit für Schaden an unbeweglichem Gut ohne Weiteres postulirt [3]), überdies aber von Manchen die Sache relativ gestellt, d. h. die Frage: Ob? sogleich mit der ganz andern Frage über das moderamen inculpatae tutelae vermengt wird [4]). Selbst die absolute Abweisung der Eigenthumsnothwehr hat ihre Vertheidiger [5]), weit mehrere aber der entgegengesetzte Satz [6]). Diese verschiedenen Ansichten der Doktrin haben nun übrigens auch auf die moderne Gesetzgebung eingewirkt. Formell ganz übergangen ist die Ehre im östr. GB. §. 127 (jetzt §. 2 g.), im bair. Art. 129 und im sächs. Art. 70 [7]), — nicht aber auch im preuß. LR. [8]). Die Gbücher für Wirtemberg (Art. 102), Braunschweig (§. 166), Hessen (Art. 46), Baden (§. 84), Thüring. (Art. 66) nennen nur gewaltthätige Angriffe auf die Ehre, wodurch Nothwehr gegen bloß wörtliche und symbolische Injurien ausgeschlossen ist [9]). Das hannövr. (Art. 78) dagegen spricht von unrechtmäßigen Angriffen auf die Ehre überhaupt, und das preuß. (§. 41) von rechtswidrigen Angriffen ganz im Allgemeinen, was nur

---

221. Breidenbach I. 1. S. 595. s. auch schon Damhouder l. c. Clar. §. homic. n. 26. Carpzov. qu. 30. nr. 72—74.

1) Covarruvias in Clem. un. de homic. P. III. i. f. Koch institut. j. cr. §. 449. Paalzov Comp. p. 313. Damhouder c. 78. nr. 4. Böhmer ad Carpz. qu. 32. obs. 1. vgl. Med. ad CCC. 140. §. 3.

2) Böhmer l. c. Feuerbach §. 38. Martin §. 45. n. 7. Salchow Darstell. I. 50. Marezoll S. 84. 85. Mittermaier n. 1. z. F. §. 38. s. auch Rein S. 143.

3) Fichte Nat.R. II. 82. vgl. Henke I. 209. 214. 215 und Grävell N. Arch. III. 286—290, die gleichwohl dasselbe wie die in der vor. Not. Angef. behaupten.

4) Tittmann I. 273. 274. vgl. not. p. vgl. auch Luden Abh. II. 475, der jedoch diesen Gedanken später aufgegeben zu haben scheint.

5) nämlich an Luden Abh. II. 481 ff., der freilich gleich nachher auf sehr künstliche, aber sehr unpraktische Weise doch wieder auf das Rechte zu kommen sucht. s. N. Rev. S. 728. 732. s. übr. auch Hélie VI. p. 70. 71.

6) Carpzov qu. 32. nr. 15. 22. 27. 32. 36. Leyser Spec. 600. med. 17. Püttmann Elem. §. 321. Grolman §. 25. n. d. §. 140. n. d. Werner Hdb. §. 217. Roßhirt Lb. §. 27. n. 8. 9. Jarcke I. 148. 149. Abegg §. 109. Heffter §. 43. n. 4. Wächter I. §. 51. Bauer §. 51. not. c. Sander N. Arch. 1841. S. 68 f. Zachariä eb. S. 422 f. Morstadt n. 3. z. F. §. 38. N. Rev. S. 716—718.

7) Jenull II. 248. not. f. g. das bair. nennt wenigstens die Keuschheit, das östr. nur Leben, Freiheit und Vermögen. Angriffe auf Keuschheit fallen aber unter die auf die Freiheit, ebenso Realinjurien (auch nach bair. GB.). Das sächs. GB. begnügt sich mit dem Ausdruck: gewaltth. Angriffe auf die Person. vgl. Hélie VI. p. 72—75. Hye S. 220. Not. und S. 202. Not.

8) wie Luden meint; s. Thl. II. 20. §. 509. Grävell a. a. O. S. 291.

9) Dasselbe projektirt der neueste bair. Entw., wo gewaltthätige Angriffe auf Ehre, Keuschheit und Freiheit als unter denen auf die Person begriffen angenommen werden. s. Mot. z. Art. 63—65. vgl. Hufnagel I. 220. 221. III. 132. Breidenbach I. 1. S. 595—597.

zu billigen ist [1]). — Was die Eigenthumsnothwehr betrifft, so ist dieselbe im Prinzip [2]) von allen neuen deutschen Gesetzgebungen anerkannt [3]). Aber gleichwohl sind auf indirektem Wege (bei Gelegenheit der Bestimmungen über die Ueberschreitung der Grenzen der rechten Nothwehr) in mehrere dieser Gesetzgebungen Beschränkungen im Sinne der o. a. doktrinellen Halbheiten eingedrungen, welche zum Theil das prinzipiell Gesetzte geradezu oder relativ wieder aufheben [4]) (s. u.). — Wohl zu beachten ist noch, daß nach gemeinem deutschem Rechte der durch Gewalt aus dem Besitz Entsetzte, wenn er sich durch in continenti geübte Gewalt wieder in den Besitz setzt, sowie der, welcher einen heimlich Eingedrungenen alsbald nach erlangter Wissenschaft mit Gewalt wieder austreibt, so angesehen wird, als ob er selbst den Besitz nie verloren hätte [5]). Diese Gewalt des rechtmäßigen Besitzers fällt daher durchaus unter den Begriff der Nothwehr, sobald nur die übrigen Requisite nicht fehlen [6]). Von selbst versteht sich, daß in der Eigenthumsnothwehr auch der Schutz des Hausrechts gegen einen widerrechtlich Eindringenden oder Eingedrungenen enthalten ist [7]), während gegen einen bloß eigenmächtig Dableibenden der Hausherr zunächst nur ad modum l. 29 §. 1. D. ad. l. Aqu. (9. 2.) berechtigt ist, allerdings aber unter Umständen auch das Recht der Nothwehr erhalten kann [8]).

2) Bedingungen: a) ein dringender (gegenwärtiger, unmittelbar-bevorstehender oder schon begonnener) Angriff [9]) — laesio inchoata, (also

---

1) Revis. von 1845. I. 199. Beseler S. 188. f. übr. Goldtammer I. 417—419. 424 (wo die Anschließung an den Code pén., die nur in den Mot. steht, zu stark premirt ist).

2) Im Unterschied vom Code pén. art. 329, wo die von Luden vertheidigte Ansicht durchgeführt ist.

3) Verunglückt ist die Behandlung im neuen sächs. Entw. Art. 87. A. M. Abegg Beitr. z. Beurthl. S. 43.

4) s. z. B. Jenull II. 247. not. e. Preuß. LR. §. 522 cit. Wirt. GB. Art. 103. nr. 3. Hannövr. Art. 79 (nach der Auslegung von Leonhardt), Hess. Art. 49, S. 2. Bad. §. 87. vgl. Sander N. Arch. 1841. S. 68 f. Trefurt eb. 1838. S. 289. 290. Die Motive z. sächs. Entw. S. 159 sind hier in einer offenbaren Selbsttäuschung befangen. s. dag. bes. Goldtammer I. 366. 367. 369. 370. 420. 421.

5) l. 3 §. 9. l. 17 D. de vi (43. 16). l. 6 §. 1. l. 18. §. 3. l. 25. §. 2. l. 46 D. de adqu. v. am. poss. (41. 2). v. Savigny Besitz §. 40. Wächter Wirt. Priv.R. II. 406. 407. n. 10.

6) Wächter Lb. I. §. 50. n. 7. A. M. Breidenbach I. 1. S. 600—604 und nach ihm Hufnagel III. 132. s. auch schon Tittmann I. §. 136. not. b.; jedoch ganz mit Unrecht. Denn mit den Distinktionen, die Breidenb. S. 602 macht, stellt er sich ganz auf den S. 599. n. 1. für irrig erklärten Standpunkt von Luden; die Argumente S. 603 passen nicht, da ja das Gesetz in den fraglichen Fällen den Besitz als noch nicht verloren, mithin den Angriff als perennirend annimmt, wodurch auch das arg. a. contr. aus Art. 46. nr. 3 wegfällt; jedenfalls leidet die Entscheidung an fataler Halbheit, besonders in Vergleich mit dem S. 605 ob. Gesagten. s. auch Hann. GB. Art. 77. Braunschw. §. 166. Bad. §. 93. Thüring. Art. 66, 2. Bair. Entw. Art. 63. Goldtammer I. 424. 425.

7) s. schon preuß. LR. II. 20. §. 525 f. Bair. GB. Art. 129. Wirt. Art. 102. Braunschw. §. 166. Bad. §. 84. 93. Mit Unrecht läugnet es Breidenb. vom sächs. und hannövr. GB. s. Leonhardt I. 339. 340.

8) vgl. Breidenbach I. 1. S. 604. 605. Zu weit geht das bad. GB. §. 93, 2. (vgl. 96).

9) l. 1 C. quando lic. (3. 27). l. 4 C. l. ad l. Corn. de sic. (9. 16). P.G.O.

jedenfalls ein positives Handeln, nicht blos negatives Unrecht) ¹). Der Angriff muß also aa) zum Mindesten unmittelbar drohend²), d. h. so beschaffen gewesen sein, daß der Bedrängte genügenden Grund hatte anzunehmen, der Gegner werde sofort vom Willen zur That übergehen, wenn ihm die Vertheidigung nicht zuvorkomme; es darf aber auch bb) der Angriff nicht bereits beendigt und das dadurch begründete drohende Verhältniß gänzlich wieder aufgehoben gewesen sein ³). Die Beendigung des Angriffs fällt aber nicht mit dem Momente der juristischen Vollendung des von dem Angreifer verübten Verbrechens zusammen; vielmehr tritt die Unzuläßigkeit der Nothwehr erst dann ein ⁴), wenn während eines erkennbaren dazwischenliegenden Zeitraums der Eigenthümer gänzlich der Möglichkeit, körperlich über die Sache zu verfügen, beraubt war, nicht aber solang der Rechtsverlust in continenti noch abgewehrt werden konnte ⁵). — b) ein ungerechter ⁶) Angriff, — mithin aa) nicht, wenn ein gerechter Angriff von Seiten der Obrigkeit vorliegt ⁷); anders natürlich, wenn eine unzuständige Obrigkeit in Handlung ist oder eine zuständige Obrigkeit eine materiell gesetzwidrige Anordnung durchsetzen will ⁸). Dagegen ist es bb) nicht nöthig, daß der ungerechte Angriff auch ein subjektiv verbrecherischer sei; vielmehr kann der-

---

Art. 140. vgl. Schwäb. LR. c. 314 III. Rupr. v. Freis. II. 7. S. Brandt b. Zöpfl N. Arch. 1842. S. 320. Walch v. Ueberlaufen. L. Henr. I. c. 83.

1) Breidenbach I. 1. S. 590.

2) Clarus n. 33. Leyser sp. 600. med. 28. Martin §. 45. III. Jarcke I. 147. Heffter §. 43. n. 6. Luden I. 293. n. 5. (vgl. bes. P.G.O. Art. 140).

3) l. 3. §. 9. l. 17 D. de vi (43. 16). l. 45. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). c. 18. X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 142. Hess. GB. Art. 53.

4) Geläugnet, resp. bezweifelt von Luden I. 293. v. Strampff krit. Briefe. S. 92. Breidenbach I. 1. S. 605—607. 634. 635. Leonhardt I. 336. n. 1. 2. Hye S. 205. f. dag. schon Böhmer Med. ad art. 140. §. 3. u. ad Carpz. qu. 32. (nr. 36) obs. 1. Wächter I. §. 53. Heffter §. 44 n. 3. Herrmann Beurth. d. sächs. S. 143. Hufnagel I. 222. Sander im N. Arch. 1841. S. 90—98. Zachariä eb. S. 427. not.* N. Rev. 721. 722.

5) l. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8). l. 54 C. de decurion. (10. 31). Cujaz. Obss. XVI. 19. — L. Bajuv. de leg. pop. c. 3. L. Jnae c. 35. L. Aethelst. 1. §. 2. S. Brandt b. Zöpfl a. a. O. S. 318. Sehr ungenügend referirt über die neuen Gbücher Luden I. 298. n. 11. Das Oestr. sächs., hannövrische, preuß. erwähnen allerdings den Fall des ertappten, fliehenden oder verfolgten Diebs nicht. s. dag. Anm. z. bair. GB. I. 314 und die neuen Motive. Wirt. GB. 102. nr. 2. vgl. mit d. Mot. Hess. Art. 46. nr. 3. Bad. §. 93. Thüring. Art. 66, 2. und unter Voraussetzung gewaltsamen Widerstands seitens des verfolgten Diebs Braunschw. §. 166. vgl. bair. Entw. Art. 63, 2. Beschränkt ist das Recht in Preußen. Goldtammer I. 424. 425, ausgeschlossen in Oestr. Hye 205.

6) P.G.O. Art. 142 und alle neueren Gbücher.

7) P.G.O. eb. u. Art. 150. §. 2. a. E. Leyser sp. 590. med. 9. Böhmer ad Carpz. qu. 28 obs. 2. (med. ad. art. 144 §. 3. sehr zahm!) Heffter §. 43. n. 5. Marezoll S. 83. n. 2.

8) Zu wenig räumen ein Jarcke I. 146. Henke I. 207. Arnold im N. Arch. 1843. S. 396 f. Luden I. 300. 301. Zachariä N. Arch. 1843. S. 355—376. Ganz verwerflich aber ist die Ansicht v. Jagemanns eb. 1842. S. 599. f. dag. die in d. vor. Note Angef. u. Mohl Staatsr. I. 323. Feuerbach Antihobbes S. 92 ff. Hufnagel III. 229. N. Rev. S. 723—726. vgl. Hann. GB. Art. 160.

selbe auch von einem Zurechnungsunfähigen ausgehen [1]), wogegen — falls nur der Begriff des Nothstands richtig bestimmt wird — der Angriff von Seiten eines im Nothstand Befindlichen nicht wohl als ein ungerechter bezeichnet werden kann [2]). Ebensowenig aber kann der in Nothwehr Befindliche als solcher (d. h. wenn er nicht einen Exzeß begeht) einen ungerechten Angriff machen, daher fast allgemein der Satz angenommen ist: Gegen Nothwehr giebt es keine Nothwehr [3]). Unbegründet ist jedoch cc) die Forderung, daß der Angriff unverschuldet gewesen sein müsse, daß daher dem Duellanten, dem auctor rixae gegenüber dem auctor pugnae, sowie dem, welcher einem erwarteten Angriff entgegengieng, und gegenüber einem Exzesse der Nothwehr das Recht der Nothwehr abzusprechen sei [4]). Allerdings kann hier die den Angriff veranlassende Handlung strafbar sein, aber der ungerechte Angriff legitimirt auch hier stets die gerechte Nothwehr [5]). — c) Unmöglichkeit, im Augenblick bereite Staatshilfe ansprechen und erhalten zu können [6]). Unter der Obrigkeit, welche man betr. Falls anzurufen angewiesen ist, sind diejenigen Organe der Staatspolizeigewalt zu verstehen, welche zur Aufrechthaltung der Ordnung im Allgemeinen angestellt sind, nicht die mit einem speziellen Fache Betrauten [7]). — Mit diesem Requisit (c) begnügen sich aber manche Rechtslehrer so wenig, als manche neueren Gesetzgebungen [8]).

3) Wirkung. Wenn sich nun die gedachten drei Bedingungen zusammenfinden, so sind die von Seiten des widerrechtlich Angegriffenen behufs seiner

---

1) A. M. Martin §. 45 n. 47 und Berner S. 552—554. s. dag. Luden I. 301. n. 17. Hufnagel III. 131. Breidenbach I. 1. S. 591. ob. Marezoll S. 83. n. 2 und schon Böhmer ad Carpz. qu. 28. obs. 2.

2) A. M. Luden a. a. O. Breidenbach S. 591 ob. Hufnagel III. 131. In Beziehung auf die schlechten gesetzlichen Bestimmungen haben die Kommentatoren allerdings Recht. s. aber N. Rev. S. 596--606. 726. 727.

3) Leyser sp. 597. m. 13. sp. 600. m. 18. 19. Böhmer Med. ad art. 140 §. 1. 2. ad art. 144. §. 3. Heffter §. 43. n. 5. Marezoll S. 83. n. 2. Henke I. 207. 208. Grolman §. 25. not. b. Grattenauer S. 75 f. Hufnagel III. 131. Bauer §. 52 a.

4) A. M. Leyser l. c. Grolman §. 25. n. c. §. 140. n. c. Feuerbach §. 38. dag. Martin §. 45. n. 9. Werner S. 135. s. aber wieder Jarcke I. 146. 147. Luden I. 301. n. 18. S. 302 n. 19.

5) N. Rev. S. 727. Breidenbach I. 1. S. 591. Berner S. 561. Ebenso die neueren Gbücher mit relat. Ausnahme des hannövr. s. Leonhardt I. 343. 344. n. 1. 2.

6) Feuerbach §. 38. Grolman §. 24. 25. vgl. Martin §. 45. n. 11. Heffter §. 43. n. 11. Bair. GB. Art. 125. Wirt. Art. 102. Hannövr. Art. 78. Hess. Art. 46. vgl. Preuß. LR. II. 20. §. 518. s. auch Leonhardt I. 340. 341. Thilo S. 121.

7) Breidenbach I. 1. S. 593. Hufnagel III. 132.

8) Auch Martin und Heffter setzen noch die unschimpfliche Flucht hinzu (wie auch in der N. Rev. geschoh). Viel weiter aber gehen Andere, wie Luden I. 293—300. Marezoll S. 83. n. 3. S. 86. n. 4. Bauer §. 51, wobei freilich Bedingungen und Grenzen der rechten Nothwehr bunt durcheinander geworfen werden. Von den neuen Gbüchern bleiben nur das bair. u. hess. bei der Sache, während die übrigen direkt oder indirekt der falschen Ansicht folgen, so das sächs., wirtemb. (Art. 103), das hannövr., braunschw., badische und thüringische. Das östreich. und preußische ignoriren die Frage. Während aber ersteres von Jenull II. 248. 249 in einem die Nothwehr möglichst beschränkenden Sinne ausgelegt wird, thut Beseler S. 189 dem letzteren gerade den umgekehrten Dienst. s. dag. Goldtammer I. 419. 420. Hye übergeht den Punkt.

Vertheidigung der Persönlichkeit des Angreifers zugefügten Verletzungen [1]) als durchaus rechtmäßig anzusehen, soweit nur nicht die Grenzen der rechten Nothwehr (s. d. folg. §.) überschritten sind; und zwar darf der Angegriffene nöthigenfalls bis zur Tödtung des Angreifers vorgehen. — Aus demselben Grunde aber, welcher die von dem Angegriffenen selbst verübte Verletzung rechtfertigt, erscheint auch eine solche gerechtfertigt, welche ein Dritter, dem in rechter Nothwehr Begriffenen Beispringender der Person des ungerechten Angreifers zufügt [2]). Die hiebei sich ergebende Frage, ob der Dritte von dem Bedrängten ausdrücklich um Hilfe angerufen sein müsse, ist nach dem gesunden Menschenverstand zu verneinen, da seine Hilfe eben dann erst recht praktisch wird, wenn der Bedrängte nicht mehr rufen kann [3]). Die andere Frage dagegen, wie der hilfreiche Dritte zu behandeln sei, wenn er nur irrthümlich einem in der Nothwehr Befindlichen beizuspringen glaubte, während dieser sich in der That gar nicht in Nothwehr oder in einer Ueberschreitung der Nothwehr befand, ist lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über den (vermeidlichen oder unvermeidlichen) Irrthum, und weiterhin über Zurechnung zur culpa oder zum dolus (s. u.) zu beantworten [4]). Nur zufällig erscheint mit den Bestimmungen über Nothwehr im gem. Recht der Satz [5]) verbunden, daß eine aberratio ictus in rechter Nothwehr dem Bedrängten nicht zuzurechnen sei [6]). Hiemit aber durchaus nicht zu verwechseln ist die Frage, ob ein in Nothwehr Befindlicher behufs seiner Rettung einen Dritten opfern (verletzen oder tödten) dürfe? [7]). Diese Frage ist, so gestellt, schlechthin zu ver-

---

1) Darunter sind natürlich nicht bloß Tödtungen u. Körperverletzungen, sondern auch Freiheitsbeschränkungen &c. enthalten. Thüring. GB. Art. 66. Beseler S. 187. Ist dem aber so, dann können zur Noth Gesetzgebungen entschuldigt werden, welche gleichwohl altem Schlendrian zufolge die Nothwehr bei der Tödtung (der ehemaligen Stellvertreterin des allg. Theils) unterbringen und die Auslegung und anal. Anwendung der Doktrin überlassen, so gut es gehen mag (wie gut es etwa geht, zeigen sowohl Jenull als Hélie (s. aber revid. Oestr. GB. §. 2 g. Hye S. 199. 203); abentheuerlich ist es dagegen, wenn die Doktrin im Ernst Miene macht, die abgetretenen Kinderschuhe wieder anzuziehen, wie es von Zöpfl (s. o.) und nach ihm von Mittermaier n. 4. z. F. §. 37. Luden I. 302. 303. n. 20. u. A. geschieht. s. dag. auch bair. Mot. z. Art. 63. Breidenbach I. 1. S. 610.

2) l. 1 §. 4 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). P.G.O. Art. 150. Oestr. GB. §. 127. (§. 2. g.). Bair. Art. 125. Sächs. Art. 70. Wirt. Art. 104. Hannövr. Art. 80. Braunschw. §. 166. Hess. Art. 50. Bad. §. 94. Preuß. §. 41. Thüring. Art. 66.

3) s. zwar Hufnagel III. 135., dag. Dens. StrafGb. mit Anm. S. 99. n. 5. Breidenbach S. 623. Leonhardt I. 351. Zachariä N. Arch. 1841. S. 436. 437 u. bes. der auch dort cit. Fall aus Braunschweig. Hitzig Annal. XVI. 126—134.

4) Unklar hierüber sind Breidenbach I. 1. S. 624 und Leonhardt a. a. O. vgl. Hufnagel Strafgb. S. 99. n. 6. Ganz unpraktisch (abgesehen von der überflüssigen Wiederholung) ist die Darstellung b. Luden I. 325—327. s. dag. N. Rev. S. 734—736. vgl. Zachariä im N. Arch. 1841. S. 434—437.

5) P.G.O. Art. 145. u. Kress §. 1. n. 3. Böhmer ad. art. 142. §. 2. u. ad. art. 145. vgl. l. 45. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). Unzuläßig ist daher die Stellung des Satzes bei den Meisten (Feuerbach §. 38. n. 5. Wächter I. S. 90. Heffter §. 45. n. 3. Martin §. 45. n. 16. Luden I. 291. n. 2. &c.) Breidenbach S. 611. Marezoll S. 87. 88.

6) N. Rev. S. 272—293.

7) Nichts davon enthalten die Gbücher für Oestreich, Baiern, Wirtem-

neinen, und es kann nur etwa noch die weitere aufgeworfen werden, ob in Fällen der Lebensgefahr eine solche Verletzung unter dem Vorwande des Nothstandes straflos werden könne, — welche Frage allerdings nach den meisten neueren Gbüchern [1]) (wiewohl mit Unrecht) zu bejahen sein wird [2]).

§. 30.

Das Recht der Nothwehr ist unter der Voraussetzung des vereinten Vorhandenseins dieser Bedingungen begründet. Allein vermöge seiner subsidiären Natur als Vertheidigungsrecht hat es auch seine Grenzen. Nur kann die Grenze keine abstrakte sein, wie bei der Strafe. Vielmehr tritt infolge der ganzen individuell begründeten Ausnahmsstellung des Nothwehrrechts hier der eigenthümliche Fall ein, daß das Recht an sich als maßlos gelten, seine Beschränkung aber in den Umständen des jedesmal vorliegenden konkreten Falls finden muß. Eine Ueberschreitung des an sich begründeten Nothwehrrechts (excessus defensionis) ist nun aber anzunehmen 1) wenn der Angegriffene Gelegenheit und Zeit hatte, zu andern ihm bekannten Mitteln zu greifen, wodurch er ohne Gefahr (auch ohne Gefahr für die Ehre) dem Angriffe sich zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermochte, 2) wenn der Gebrauch der Vertheidigungsmittel zu weit ausgedehnt wurde, wobei jedoch stets die individuellen Umstände (Persönlichkeit des Angreifers und des Angegriffenen, Gemüthsstimmung, Ort, Zeit, Hilfsmittel auf beiden Seiten) in Anschlag zu bringen sind. Die Ueberschreitung kann auf verschiedenen Schuldstufen (dolus, culpa s. u.) stehen, erfordert aber in allen Fällen eigenthümliche Strafbestimmungen, weil jedenfalls der Zustand des Benöthigten die Größe der Schuld in der mittelst der Ueberschreitung begangenen widerrechtlichen Handlung viel geringer erscheinen läßt, als wenn dieselbe Handlung außer dem Stande der Nothwehr begangen worden wäre. Nicht dasselbe

---

berg, Hessen. Sie verneinen sogar die Frage, ob die Nothwehr als solche dieses Recht gebe, direkt. Ebenso die neuen bair. Motive; indirekt thun dies aber auch die für Sachsen und Hannover. Anders das braunschw. §. 166 (je nachdem das Wort: Jemand ausgelegt wird) und das Badische §. 86.

1) s. das Bad. GB. §. 86. vgl. Hess. Art. 45 (Breidenb. S. 612). Wirt. Art. 106. Hannövr. Art. 84. nr. 7. Sächs. Art. 72. Bejaht wurde die Frage von Clarus u. A. §. homic. nr. 31.

2) Die ältere Doktrin hat in dieser ganzen Lehre nur einen bedingten Werth. Selbst Karpzov, der einen Anlauf zu prinzipieller Begründung macht (qu. 28. n. 1—12), bringt es nicht über den einfachen Satz hinaus, daß das Recht dem Unrecht gegenüber im Recht sei (was er mit moralischen und theologischen Gründen ausstaffirt), und Böhmer führt zwar beiläufig den Mangel der Staatshilfe als Moment an (med. ad art. 140. §. 4 a. E. und ad qu. 29. obs. 4, wie auch Carpz. selbst qu. 29. n. 72. qu. 30. n. 8. 15 ꝛc.), legt aber selbst so wenig Gewicht hierauf, daß er sogar die Nothwehr als eine Unterart des allg. Selbstvertheidigungsrechts mit dem Nothstande koordinirt (ohne jedoch beides zu verwechseln. qu. 28. obs. 2).

kann schlechthin von dem Falle gesagt werden, wenn zur Nothwehr geschritten wird, ohne daß ihre sämmtlichen Bedingungen vorhanden sind; gleichwohl können auch hier aus analogen Umständen sich Gründe ergeben, welche die Rechtsverletzung als eine geringere erscheinen lassen. N. Rev. S. 733—736.

1) Das Erbübel in dieser Lehre ist die Unklarheit hinsichtlich des Unterschieds [1]) zwischen den Fällen, wo es an den Bedingungen der rechten Nothwehr fehlt, und den Fällen der Ueberschreitung einer an sich begründeten Nothwehr. Zwar fehlt es weder in der neueren Doktrin [2]), noch in der neueren Gesetzgebung [3]) an Beispielen einer strengen Durchführung des Unterschieds. Allein der weit häufigere Fall ist, daß derselbe entweder gar nicht aufgefaßt [4]) — oder zwar in abstr. anerkannt, aber deshalb unrichtig durchgeführt wird, weil sich in der Aufzählung der Bedingungen der Nothwehr materielle Mißgriffe finden [5]). Darin allerdings stimmt man allgemein überein, daß die im §en unter 1 und 2 gezogenen Grenzen eingehalten sein müssen, wenn die Handlung aus Nothwehr ganz gerechtfertigt sein soll. Dagegen wird das unter 1) Angegebene häufig nicht zu den bloßen Grenzen, sondern zu den Bedingungen der Nothwehr selbst gestellt [6]), und dagegen Reaktion gegen einen bereits beendigt gewesenen Angriff unter die bloßen Grenzüberschreitungen gerechnet [7]). Allein beides mit Unrecht. Ersteres konnte etwa zur Zeit der P.G.O. noch nothwendig erscheinen, sofern noch viel spätere Zeugnisse beweisen, daß das Vertrauen auf den Schutz der Staats=

1) Den Instinkt davon hatten auch schon Carpzov und seine Vorgänger (s. Pract. qu. 28. n. 17. qu. 29. nr. 36 sq. rc.), welchen übr. nicht nur Zöpfl (s. o.) ganz mißversteht, sondern auch Wächter I. S. 91. 92. mit Unrecht gegen Böhmer in den Schatten stellt, da letzterer (obs. ad C. qu. 29. nr. 1. und med. ad art. 142) zwar allerdings die Behauptungen Karpzovs im Einzelnen mehrfach berichtigt, ebensosehr aber auch hie und da mit Unrecht verwirft (z. B. in Bez. auf dolosen exc. defens.).

2) s. bes. Feuerbach §. 38. 39. vgl. Grattenauer S. 149 ff. Henke I. §. 34. Wächter I. §. 52. Martin §. 45. Abegg §. 109. Mittermaier n. 1. z. F. §. 39.

3) Bair. GB. Art. 125. 127. 128. Wirt. Art. 103. Hess. Art. 46—49. Sächs. Art. 70. Braunschw. §. 166. Ungerecht beurtheilt wird das Wirt. GB. (auf ungenügenden Bericht hin) von Breidenbach I. 1. S. 615. n. 2.

4) Grolman §. 25. 139. 140. vgl. Jarcke I. 145—152. Luden I. 291—304. Marezoll S. 87. n. 3. Jenull II. 250. Am weitesten gehen die neuen sächs. Motive S. 162 (!)

5) Bauer §. 51. 52. Heffter §. 44. vgl. Wächter a. a. O. (der nicht über Böhmer hinauszugehen scheint. s. med. ad. art. 140. §. 4. und med. ad art. 142) u. relativ Henke I. 216—218. Feuerbach §. 38. nr. III. IV.

6) Dafür spricht allerdings die P.G.O. Art. 140. (Kress ad. art. 141.), wenigstens hinsichtlich der ungefährlichen Flucht, u. allgemeiner l. 45 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). Allein die genauere Beachtung der P.G.O. Art. 142 zeigt, daß das Gesetz denn doch die Unmöglichkeit des commodus discessus keineswegs auf eine Linie mit der Ungerechtigkeit und Plötzlichkeit des Angriffs gestellt wissen will. Clarus n. 32. Böhmer ad art. 142. §. 1. Mit Recht sehen daher sowohl er als Carpzov in der Nichtergreifung der Flucht od. ähnlicher Mittel nur einen excessus. (wobei z. bem., daß C. das von Andern behauptete Privilegium der Adelichen u. Offiziere zurückweist und sie auf das Beispiel Christi hinweist. qu. 30. n. 53—67. anders Böhmer obs. 3. ad qu. 30. vgl. Kress ad art. 140, fuga, discessus!)

7) Heffter §. 44. N. Rev. §. 191. Häberlin I. 23.

hilfe in Deutschland sehr gering war, weshalb gerade die Hauptbedingung der Nothwehr, die Unmöglichkeit bereiter Staatshilfe, von der P.G.O. selbst und von ihren Erklärern ignorirt oder wenigstens nur nebenbei angeführt wird [1]). Auf dem Standpunkte des modernen Staats dagegen genügt es vollkommen an der Aufstellung dieser Bedingung [2]) und die Aufstellung einer weiteren ist um so weniger zu rechtfertigen, da die theilweise übermäßig ausgedehnte Thätigkeit der Polizei die Bürger längst entwöhnt hat, auf die eigene Kraft und die Hilfe kampfmuthiger Genossen zu vertrauen, hinsichtlich der Möglichkeit anderer, friedlicher Sicherungsmittel aber nach dem Anerkenntniß der meisten neueren Gesetzgebungen die Bestürzung des Angegriffenen in billige Erwägung kommen muß, die ihn leicht das Nächstliegende übersehen lassen kann. Gleichwohl haben mehrere neueren Gbücher die Bedingungen der Nothwehr auf die gedachte Weise ausgedehnt [3]). Dabei ist es indessen als ein allgemein angenommener Satz zu betrachten, daß eine schimpfliche Flucht dem ungerecht Angegriffenen (welches Standes er sei) [4]) nicht zugemuthet werde, überhaupt keine, die ihm irgend rechtsgefährlich sein könnte [5]). — Ebenso unrichtig ist es aber, Gewaltthaten nach bereits aufgehobenem Gefahrzustand unter die bloßen Grenzüberschreitungen zu rechnen [6]), da vielmehr hier, wie in dem Falle, wo gegen einen noch gar nicht oder doch nicht unmittelbar drohenden Angriff, gegen welchen in der Regel noch Staatshilfe wird bewirkt werden können, Gewalt verübt wird, es an einer der Grundbedingungen der Nothwehr fehlt [7]). Letzteren Falls tritt das einfache Dilemma ein: entweder

---

1) Carpzov. qu. 29. n. 72. qu. 30. n. 8. 15. Böhmer med. ad art. 142. §. 3. i. f. u. bes. Damhouder c. 76. n. 12.

2) s. das Bair., Wirtemb. u. Hess. GB. a. a. O. Thüring. Art. 66. bair. Mot. z. Art. 63—65. Breidenbach I. 1. S. 612—617. Heffter §. 43. n. 7. Henke I. 217. 218. vgl. Abegg S. 170. Jarcke I. 147. 151. 152. Marezoll S. 83. n. 3. f. aber dens. S. 86. n. 4.

3) Preuß. LR. II. 20. §. 523. Hannövr. GB. Art. 78. Bad. §. 84. Das sächs. Art. 70 u. das braunschw. §. 166 dürfen wohl zu denen gezählt werden, welche die Sache richtig auffassen, ebenso der bair. Entw. Anders das östr. GB. s. Jenull a. a. O. Hye S. 201 unt. Ueber das preuß. vgl. Beseler S. 189 mit Goldtammer I. 419. 420. (?)

4) s. freilich noch Grattenauer S. 146. 147.

5) s. zwar preuß. LR. a. a. O.; vgl. aber Heffter §. 43. n. 10. Wirt. Mot. §. 11 u. zu Art. 97. Braunschw. GB. ed. Breym. S. 283. Weiß S. 297. Hufnagel I. 222. Breidenbach I. 1. S. 616. 617. Leonhardt I. 341. Anm. z. bair. GB. I. 311 f. Grattenauer S. 79 f. vgl. Goldtammer I. 420.

6) A. M. waren zwar auch Carpzov. qu. 30. nr. 43 sq. u. die von ihm Angef. (Ang. Aret., Gandinus u. A), sowie Böhmer med. ad. art. 142. §. 3, jed. nur relativ. vgl. Carpz. ib. nr. 49. 50. Böhmer ib. §. 4. u. obs. 2. ad. qu. 30. obs. 1. ad. qu. 31 ꝛc. jetzt wieder Grolman §. 25. n. c. Heffter §. 44. Henke I. 222. s. jedoch l. 45 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2) l. 1 C. quando lic. (3. 27) c. 18 X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 142. Feuerbach §. 38. 39. n. 1. Jarcke I. 151 ob. Bauer §. 51. Luden I. 293. n. 6; unbestimmt dag. Henke I. 207. 217. 222 und noch mehr Marezoll S. 87. n. 3. Mittermaier n. 1. z. F. §. 39. Der richtigen Ansicht sind alle neueren Gbücher wenigstens indirekt. Ausdrücklich ausgesprochen ist jedoch der fragliche Satz nur in einigen. s. Bair. GB. Art. 133. Hess. Art. 53. Breidenbach I. 1. S. 634. 635. Leonhardt I. 335. 336. 349. n. 6.

7) Verschiedene Entscheidungen desselben Falls geben Carpzov und seine Gewährsmänner qu. 29. nr. 64—70. 75 sq. qu. 30. n. 5 sq. Allein im Wesentlichen spricht doch Carpzov. qu. 29. n. 66 u. qu. 30. n. 8 ꝛc. ganz das Richtige aus, daß

war Anrufen der Staatshilfe noch möglich, — dann liegt für den, der es versäumt hat, ein nudus praetextus defensionis vor; — oder jenes war nicht mehr möglich, resp. vergeblich versucht, — dann kommt es ganz auf den konkreten Fall an, ob rechte oder überschrittene Nothwehr anzunehmen ist. Ersteres z. B. dann, wenn Amtspflicht den Bedrohten auf die kritische Stelle rief; Letzteres, wenn er übermüthig oder frivol der nicht abzuwendenden Gefahr sich preisgab, während er ohne Schaden für Ehre oder Vermögen ihr ausweichen konnte [1]). — Darin ist man jedenfalls ganz einverstanden, daß, wo es von vornherein an einem ungerechten Angriffe fehlt, von keinem bloßen excessus def. die Rede sein kann [2]). — Sonach bleiben die Fälle der mangelnden Bedingungen der Nothwehr auf die im §. 29 genannten Momente beschränkt. — Allgemein zugegeben ist der zweite im §. 30 angef. Fall der Ueberschreitung: der Mangel am Maße der Vertheidigung [3]). Allein gerade in diesem Punkte haben die neueren Gesetzgebungen zum Theil manche Mißgriffe begangen. Abgesehen nämlich von dem östr. GB. und dem preuß. LR., welche die Frage theils ignorirten, theils in einem Geiste behandelten, den man seitdem als veraltet anerkannt hat [4]), — ist das bair. GB. (Art. 128) mit einer Spezifikation der Fälle vorangegangen, die schon an sich, namentlich aber darum vom Uebel war, weil schon von der Art des Vertheidigungsmittels (abgesehen von dem Maße seines Gebrauchs, worauf es doch allein ankommen kann) das Dasein eines excessus def. abhängig gemacht wurde [5]). Damit haben sich jedoch andre neuere Gesetzgebungen nicht

---

es auf die Möglichkeit der Staatshilfe ankomme, und Böhmers Streit über das Wort excessus def., das bei Carpz. gerade den nudus praetextus bedeutet, ist eben nur ein Wortstreit; med. ad art. 142. §. 2. 3. vgl. Kress ad art. 142. §. 2. nr. 2.

1) Schwierige Lagen können hier allerdings vorkommen, z. B. wenn es nur gilt, einen sterbenden Freund zum letzten Mal zu sehen. Allzu lax ist das bei Weiß S. 297 nr. 2. angef. Motiv der sächs. ständ. Schrift. s. dag. Breidenbach I. 1. S. 614–617.

2) Aeltere Kriminalisten ließen sich hier allerdings bedenkliche Ausnahmen zu Schulden kommen, bes. beim Duell. s. auch Carpzov. qu. 29. nr. 75 sq. vgl. dag. Böhmer med. ad art. 142 §. 2. und vor Allem den Art. 142 der P.G.O. selbst. Grattenauer S. 149 f. Henke I. §. 37. n. 1. Gegen Erzeß eines gerechten Angriffs ist übr. Nothwehr allerdings zuläßig. s. o.

3) l. 9. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 54. §. 2 D. de furt. (47. 2). Coll. VII, 2. 3. l. 5 pr. D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1 C. unde vi (8. 4). c. 2. 3. 18. X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 142. Bair. GB. Art. 128. Sächs. Art. 70. Wirt. Art. 103. Hannövr. Art. 79. Braunschw. §. 166. Hess. Art. 49. Bad. §. 89. Thüring. Art. 66. s. übr. die neuen sächs. Motive S. 159 (?).

4) s. Jenull a. a. O., der das GB. beliebig ergänzt, und Beseler S. 185. 186. s. dag. das revid. östr. GB. §. 2. g.

5) s. dag. schon die Aelteren, z. B. Damhouder c. 76. n. 16. Carpzov qu. 29. nr. 57 sq. qu. 30. nr. 2—4. 18 sq. rc. Dem Ausdruck des bair. GB. hat sich, wie es scheint, unbefangen das sächsische Art. 70 (auch das braunschw. §. 166) angeschlossen, das der richtigen Erklärung keine Schwierigkeit in den Weg legt. Anders verhält es sich dagegen mit dem Wirt. Art. 103. nr. 2., dem hannövr. Art. 79, dem hess. Art. 49, dem neuen sächs. Entw. Art. 87. Vermieden ist der Fehler vom bair. Entw. s. Sander im N. Arch. 1841. S. 72—74. Leonhardt I. 344—347. Zu leicht nimmt die Sache Breidenbach I. 1. S. 619. 620. s. auch Trefurt im N. Arch. 1838. S. 289. 290. und bes. die bair. Mot.

begnügt, sondern im Zusammenhang mit älteren, die Nothwehr aus verschiedenen Gründen verklausulirenden Theorieen namentlich die Eigenthumsnothwehr bald dieser, bald jener Beschränkung unterworfen. Ausgehend von der unabweisbaren Forderung der Humanität, daß nicht die Tödtung eines Menschen wegen einer ganz geringfügigen Eigenthumsverletzung gestattet werden dürfe [1]), hat man vergessen, daß eben dieselbe Forderung sich auch für Angriffe auf andere Rechte geltend macht, falls nur ein sehr unbedeutender Theil derselben in Frage gestellt ist, daß aber der gedachten Forderung in allen Fällen durch die Vorschrift einer mit der Größe und Gefährlichkeit des Angriffs in Verhältniß stehenden Vertheidigung überhaupt schon hinlänglich genügt wird [2]). Mit Verkennung theils des Werths des die ganze Existenz der Persönlichkeit im sozialen Leben bedingenden Eigenthumsrechts [3]), theils der ganzen Grundlage des Nothwehrrechts, vermöge welcher hier nie von einer Kollision verschiedener Rechte (wie beim Nothstande) die Rede sein kann [4]), — kehrt man entweder zu der verlebten naturrechtlichen Theorie vom Unterschiede ersetzlicher und unersetzlicher Güter zurück und behauptet, daß alle und jede gewaltsame Vertheidigung eines ersetzlichen Guts an und für sich eine Ueberschreitung der Nothwehr enthalte [5]); oder man erkennt zwar auch für an sich ersetzliche Güter das Recht der Nothwehr an, fordert aber wenigstens Verhältnißmäßigkeit der Vertheidigung zu dem Werthe des bedrohten (geringfügigen) Guts [6]). Allein im ersten Fall verkennt man ganz und gar den unendlichen Werth des ruhigen Besitzstands an sich; man verfälscht den innersten Kern des Rechts der Selbstvertheidigung, welches gegenüber einem ungerechten Angriffe sofort eintreten muß, sobald keine zeitige Staatshilfe behufs der Abwehr des Angriffs selbst möglich ist [7]), wobei auf die Möglichkeit einer späteren Wiederherstellung durch Hilfe des Staats nichts ankommen kann, da sonst für solche Fälle das Unrecht gegen das Recht privilegirt wäre [8]); man giebt mithin einen höchst gefährlichen Freibrief für alle ersetzbaren Eigenthumsbeeinträchtigungen, und setzt überdies eine schnöde Rechtsungleichheit zwischen Armen und Reichen fest [9]); endlich läßt die ganze Bestimmung dem richterlichen Ermessen einen bedenklichen Spielraum und kann zu höchst ungleichen Ent-

---

1) vgl. die Autonomie von Speier 1304. c. 35. b. Lehmann IV. c. 16.

2) s. bes. Sander S. 74—79. 108—110.

3) Darauf darf gerade in unsern Tagen besonderer Nachdruck gelegt werden. vgl. Sander S. 79—82. Zachariä S. 426. 427.

4) N. Rev. S. 717. 718. Heffter §. 43. n. 4. Sander S. 105. Zachariä S. 428.

5) Wirt. GB. Art. 103. nr. 3 (welche Bestimmung jedoch wiederum von Breidenbach I. 1. S. 620. nr. 3 theilweise ungerecht beurtheilt wird). Viel weiter gieng noch das preuß. LR. II. 20. §. 518, welches bei wiederherstellbarem Schaden gar keine Nothwehr als vorhanden annahm.

6) Hannövr. GB. Art. 79. vgl. Leonhardt I. 344—347. Heff. Art. 49, 2. Bad. §. 87. 89. nr. 1. s. dag. preuß. GB., Goldtammer I. 366. 367. 420. 421. (j. 424. 425) die richtige Ansicht, jedoch eben nur für den strictissime genommenen Fall der Vertheidigung.

7) N. Rev. S. 732. Martin §. 45. n. 11. Marezoll S. 83. n. 3 (der aber S. 85. n. 2 mit größter Ungenauigkeit über die neueren Gbücher referirt). Sander S. 105. Trefurt a. a. O.

8) Zachariä a. a. O. S. 425. 427. Sander S. 110. 111.

9) Breidenbach I. 1. S. 620. n. 3. Sander S. 107.

scheidungen führen [1]). — Im zweiten Fall muß man entweder auf den abstrakten Satz rekurriren, daß dem Angreifer kein größeres Uebel zugefügt werden dürfe, als dem Angegriffenen gedroht habe [2]), — ein Satz, der mit dem eigensten Wesen der Nothwehr in Widerspruch steht, Nothwehr und Strafe verwechselt, und überdies praktisch ohne alle Brauchbarkeit ist; oder man fordert bloß ein angemessenes Verhältniß [3]), — dann ist die ganze Bestimmung für die Regel überflüssig, weil der allgemeine Grundsatz über die Ueberschreitung der Nothwehr genügt haben würde [4]), wogegen sie in den seltenen Ausnahmsfällen [5]), wo lebensgefährliche Verletzung das einzige Abwehrmittel war, dem Angegriffenen offenbares Unrecht anthut oder die Anerkennung seines absoluten Rechts wieder von der Diskretion kaltblütig urtheilender Richter abhängig macht [6]); — von Widersprüchen und Zweifeln ganz zu schweigen, welche solche Bestimmungen, selbst in mildester Form, nothwendig mit sich führen [7]). —

2) Ebensowenig Uebereinstimmung zeigt Doktrin und Gesetzgebung hinsichtlich der Bestrafung der schuldhaften Nothwehr. Mit Recht hält erstere von jeher den Unterschied zwischen Mangel an Bedingungen und Ueberschreitung rechter Nothwehr fest [8]); nur freilich ist die Entscheidung oft deshalb falsch, weil der Unterschied selbst fehlgegriffen ist. Aber auch hievon abgesehen, ist eine abstrakte Unterscheidung beider Fälle irrig, wenn sie den Sinn haben soll, daß im ersteren überall keine Rücksicht auf das Verhältniß einer, wenn auch nur vermeintlichen Nothwehr genommen werden soll [9]). Von den neuern Gbüchern macht das Oestr. [10]) den Unterschied gar nicht, wohl aber das preuß. LR.

---

1) s. überh. Sander S. 104—107. Nach der wirtemb. Praxis erscheint die Bestimmung nicht, wie Sander fürchtet, als eine Falle für den Bedrohten, wohl aber als unpraktisch!

2) s. die ständ. Kommission in Hannover. (Leonhardt I. 346 unt.) s. dag. Henke I. 211.

3) Die Auslegung des hannövr. GBs von Leonhardt I. 347. vgl. S. 337. 338 macht offenbar eine ganz unnöthige Einräumung im Sinne des preuß. LRs. vgl. d. bair. Mot. z. Art. 63—65.

4) Sander S. 108—111. Zachariä S. 428.

5) Zachariä S. 427. 429.

6) Dies übersieht Breidenbach I. 1. S. 620—622. vgl. v. Preuschen Krit. d. hess. Entw. S. 20. 21.

7) Sander S. 82 f., was bes. auf das bad. GB. §. 87—89 Anwendung leidet. s. auch Mittermaier n. 1. z. F. §. 38, der jedoch die Sache selbst unentschieden läßt. Thilo S. 126. 127. Am besten Thüring. GB. Art. 66, 1. 67.

8) so im Wesentlichen schon die Aelteren. s. Carpzov. qu. 29—33. Böhmer med. ad art. 142. Die Auslegung der P.G.O. Art. 142 giebt hier kein entscheidendes Resultat, da die verschiedenen Fälle promiscue aufgeführt werden. Nur das ergiebt der Art. a E. ganz bestimmt, daß, wo es an dem Requisit des ungerechten dringenden Angriffs fehlt, die Beurtheilung strenger sein soll, als im Falle bloßer Ueberschreitung.

9) so Feuerbach §. 39. n. 1. Bauer §. 51. 52. Martin §. 45. Grattenauer S. 149 f. Wächter I. §. 52. vgl. Breidenbach S. 614. s. dag. Henke I. 221. 222. Heffter §. 45 (der aber seinerseits zu weit geht). Marezoll S. 87. n. 3. N. Rev. S. 734.

10) Bei Jenull II. 250. (vgl. Hye 201. 202?) löst er sich ganz in einen quantitativen auf. Das preuß. und thüring. sprechen bloß vom Erceß. Die bair. Mot. ebenso. Der neue sächs. Entw. Art. 94 (Mot. S. 162) wirft beides zusammen.

(II. 20. §. 518. 524), das bair. GB. (Art. 125. 127 ff.), das Sächs. (Art. 70. 71), Wirtemb. (Art. 102. 103), Hannövr. (Art. 78. 79), Braunschw. (§. 166. 167), Hess. Art. 46. 48. 49), Bad. (§. 84. 89). Dabei ist aber wohl zu bemerken, daß der praktische Effekt nach diesen Gesetzen ein verschiedener ist, da einige derselben [1]) zum Theil zu den Bedingungen der Nothwehr rechnen, was andere als bloßes Objekt der Ueberschreitung ansehen. Aber auch hievon abgesehen, ist es eine übertriebene Strenge, wenn selbst diejenigen Gesetze [2]), welche die Bedingungen der Nothwehr in die richtigen Grenzen einschließen, die Fälle, wo nicht alle Bedingungen der rechten Nothwehr vorhanden waren, gleich behandeln, während doch ein bloß übereiltes Verfahren von einem durch gar keinen ungerechten Angriff gerechtfertigten in der Strafbarkeit sehr wohl zu unterscheiden ist [3]). — Was aber ferner den excessus defensionis betrifft, so zeigen auch hierüber die neuen Gesetzgebungen sehr verschiedene Ansichten. Darin zwar stimmen die meisten überein, daß sie dem Richter gebieten, sich in die Umstände des Falls hineinzudenken, und in Berücksichtigung des gerechten, durch den Angriff hervorgerufenen Affekts selbst völlige Straflosigkeit in Aussicht stellen [4]). Wo nun aber der Exzeß als strafbar [5]) angenommen wird, da ist die Behandlung sehr verschieden [6]). Das sächs. GB. vertraut Alles dem richterlichen Ermessen an [7]). Auf die allgemeinen Grundsätze über die strafrechtliche Behandlung des den Nothwehrexzeß darstellenden dolosen oder kulposen Vergehens verweisen [8]) die Gbücher von Baiern (Art. 132), Wirtemb. (Art. 103), Hannover Art. 79), Braunschweig (§. 167), Baden (§. 90. z. §. 92). Auch das Preuß. und Oestr. sind so auszulegen [9]). Hievon gehen jedoch mit Recht das hessische und (relativ) das badische GB. ab, indem ersteres (Art. 52) zwar für den dolosen Exzeß dasselbe vorschreibt, wie das bairische, dagegen für den

1) z. B. das hannövr. GB. Art. 78; das bad. §. 84. vgl. Preuß. LR. II. 20. §. 523.

2) z. B. das bair., sächs. (freilich etwas vag), braunschw. (ebenso), wirtemb., hess. vgl. bes. Breidenbach I. 1. S. 614. 615.

3) In diesem praktischen Punkte wäre eine Rekapitulation der älteren Doktrin sehr empfehlenswerth.

4) Rev. Oestr. GB. §. 2. g. Bair. GB. Art. 130. 131. Hannövr. Art. 79. Braunschw. §. 167, 2. Bad. §. 91. Preuß. §. 41. Thüring. Art. 67. Bair. Entw. Art. 64. — Anders das sächs. Art. 71, wirtemb. Art. 103, hess. Art. 51; s. aber Breidenb. I. 1. S. 627 und Hufnagel III. 134. vgl. üb. Hannover Leonhardt I. 348.

5) Sei es als dolos oder als kulpos (in diesem Punkte hat Carpzov gegen Böhmer mit Recht bei der Nachwelt Recht behalten). s. übr. auch noch d. Wirt. Mot. z. Art. 230 u. Hufnagel II. 35.

6) Am einfachsten wieder im älteren östr. u. im preuß. GB., welche ganz über die Frage weggehen. vgl. aber die Auslegung von Jenull II. 250 u. Beseler S. 189. Goldtammer I. 422 (?) u. das rev. östr. GB. Hye 203—206.

7) Weiß S. 298. 299.

8) Das bair. u. badische GB. (soweit dieses überhaupt hieher gehört), ebenso vermöge seiner Unbestimmtheit das preußische umfassen nun wenigstens jeden Exzeß, auch einen nicht in Tödtung od. Körperverletzung bestehenden. Das braunschw. mußte sich bei seiner falschen Stellung der ganzen Materie natürlich auf einen solchen beschränken. Ganz ohne Noth geschah dies aber auch im hannövr., wirtemb. u. östr. s. dag. Leonhardt I. 349. 350. vgl. Hufnagel I. 224. II. 522. III. 132—134. 320. Breidenbach 632. n. 1. Hye 206.

9) A. M. Goldtammer I. 422. s. dag. Beseler u. Hye a. a. O.

kulposen eine eigene, mildere Strafe anordnet [1]), letzteres dagegen zwar bei Ueberschreitung der Eigenthumsnothwehr nur von unentschuldigter doloser Tödtung oder lebensgefährlicher Verletzung spricht und sonst den vorsätzlichen Exzeß der Nothwehr überhaupt nach den Umständen zum dolus oder zur culpa zugerechnet wissen will [2]), dabei aber für eine im Exzeß verübte Verletzung überhaupt einen Strafmilderungsgrund aufstellt (§. 89. 90. 92). Legislativ am empfehlenswerthesten erscheint die Bestimmung des thüring. Gbs., welches den Exzeß überall milder bestraft wissen will [3]).

3) Noch haben einige Gesetzgebungen besondre Bestimmungen über den Beweis der Nothwehr aufstellen zu müssen geglaubt; so namentlich die P.G.O. Art. 141—143, und neuerdings das bair. GB. Art. 134. 135 [4]). Allein die Vorschriften der P.G.O. haben mit dem Abkommen der Verfahrensart, worauf sie begründet sind, alle praktische Anwendung verloren, und die im bair. GB. aufgestellten Grundsätze über Beweislast und Präsumtionen bei der Nothwehr erscheinen nur als unpraktische Reste jener älteren Anschauungsweise [5]), während die große Mehrheit der heutigen Schriftsteller mit Recht den Beweis der Nothwehr unter die gewöhnlichen Grundsätze über den Beweis verweist [6]). Ganz besonders unpassend aber ist die im bair. GB. Art. 136 getroffene Bestimmung, daß derjenige, welcher eine in der Nothwehr ausgeführte Tödtung oder Verwundung nicht schleunigst der nächsten Obrigkeit anzeigt, die Vermuthung überschrittener Nothwehr wider sich haben soll. Hierin ist kein neueres GB. nachgefolgt [7]); wohl aber mehrere darin, daß sie auf die Unterlassung solcher Anzeige Strafe drohen [8]), eine Bestimmung, die nur einen polizeistrafrechtlichen Charakter hat [9]), im hannövr. GB. Art. 87 aber eine dem innersten Wesen der Nothwehr (s. Art. 78) widersprechende, jedoch eben deshalb praktisch ganz ohnmächtige [10]) kriminelle Färbung trägt. Letzterer Gesichtspunkt ist an sich wider-

---

1) Breidenbach I. 1. S. 627—631.

2) vgl. Hufnagel III. 132—134. Vhdl. d. Abg. in Wirt. Sitz. 46. S. 52—56. Die Bestimmung des bad. GBs ist jedenfalls verkehrt. Dagegen hat der von Hufnagel angeregte Zweifel allerdings Sinn, ob eine im kulposen Exzeß begangene Tödtung ꝛc. wirklich als kulpose Tödtung betrachtet werden dürfe? Er ist jedoch unbegründet. Denn das dolose Element in der unmittelbar verübten Verletzung wird durch den kulposen Ursprung der ganzen Handlung aufgezehrt.

3) vgl. den bair. Entw. Art. 65. Kurhess. Entw. §. 79.

4) s. auch l. 1. C. ad. l. Corn. de sic. (9. 16). Die Modifikationen der Beweislehre infolge der immer einseitigeren Durchführung des Untersuchungsprinzips machten dabei den älteren Kriminalisten viele Mühe, die jetzt als ganz veraltet erscheint. s. bes. Carpzov u. Böhmer l. c. vgl. Damhouder c. 76. nr. 22—30. Kress ad CCC. art. 141—143. Quistorp de moder. inc. tutelae probatione. Kees de pericul. aggressu rite probato ꝛc. Heißler jurist. Abh. Samml. 2. nr. 2.

5) ebenso die Darstellungen von Fichte Nat. R. II. 87 f. Henke I. §. 37. Feuerbach §. 39. Grattenauer S. 155 f.

6) Martin §. 45. n. 19. 20. Jarke I. 152. Heffter §. 45. n. 1. Marezoll S. 87. n. 3. Abegg S. 171. Luden I. 303.

7) auch der neuste bair. Entw. nicht. vgl. Leonhardt I. 353. n. 1.

8) Wirt. GB. Art. 105. Hannövr. Art. 81. Braunschw. §. 167. vgl. Preuß. Entw. v. 1847. §. 57. vgl. aber Beseler S. 189. Sehr verworren referirt hierüber Mittermaier n. 4. z. F. §. 39.

9) Leonhardt I. 353. n. 2. Neuste Bair. Mot. vgl. Beseler a. a. O. u. Breidenbach I. 1. S. 632. 633.

10) Leonhardt I. 352—354.

sinnig [1]), aber auch der reinpolizeiliche dürfte sich kaum empfehlen lassen, ausgenommen etwa für den im Wirt. GB. besonders hervorgehobenen Fall, daß der Thäter einen Unschuldigen in Untersuchung gezogen weiß [2]).

II. Besonderung des Rechts dem Inhalte nach.

§. 31.

Darin, daß das Recht formell zum positiven wird, liegt (§. 9) auch das Weitere, daß es hiemit die Sphäre der quantitativen und qualitativen Bestimmtheit beschreitet. Es besondert sich hiernach zu verschiedenen Arten und Größen, in welchen es allein der Verletzung fähig ist [3]). N. Rev. S. 43—45.

§. 32.

Hiemit tritt das Recht ins Dasein stets als die Bestimmtheit irgend einer konkreten Existenz, an der es eben ihre sittliche Allgemeinheit ausmacht. Seine Bestimmungen, sowohl in Beziehung auf das Ganze der Rechtsordnung als auf die Einzelnen, zerlegen sich in lauter besondere Rechte, welche irgend welche Bestimmungen eines (dem Verletzer) fremden Willens darstellen, dessen Freiheit darin Geltung hat. In diesem konkreten Dasein des Rechts liegt nun die Möglichkeit, — a) an einem äußeren Besitze seine Erscheinung zu haben, so daß seine Verletzung nicht möglich ist, ohne zugleich eine Verletzung dieses äußeren Besitzes, eine unmittelbare oder mittelbare Vermögensbeeinträchtigung in sich zu schließen, b) einen individuellen Willen zum Medium zu haben, der um den Inhalt des Rechts wissen oder nicht wissen und im ersteren Falle seinen faktischen Willen mit dem wesenhaften (in der Natur des Rechts liegenden) in Eins setzen oder nicht in Eins setzen kann, c) als ein bestimmtes besonderes und beschränktes Dasein der Freiheit mit einem höheren und allgemeineren in Kollision zu gerathen.

---

1) s. freilich auch Hufnagel III. 136. 137.

2) Breidenbach S. 633. n. 1. Wenn übr. Breidenbach u. A. meinen, daß die fragliche Bestimmung „eine mit Nichts zu rechtfertigende Bereicherung des gem. Rechts darstelle," so vergessen sie, daß dieselbe — und zwar gerade in dem prägnanten Sinn, den sie im bair. GB. hat, — allerdings gerade mit dem älteren deutschen Rechte, wie es der Sachs. Sp. darstellt, sehr genau zusammenhängt! —

3) Wirth Ethik II. 280—300. vgl. Hegel §. 96. Das Nähere s. im bes. Theil.

Dritter Abschnitt.

Konkreter Inhalt des Verbrechens als Rechtsverletzung.

§. 33.

Das Recht kann hiemit überall nur im äußeren, formell und materiell bestimmten Dasein verletzt werden, d. h. ein Recht, welches Gegenstand einer Verletzung werden soll, muß 1) ein positiv in dem Rechte eines bestimmten Staats anerkanntes, 2) ein nach Art und Größe bestimmtes, in konkretem Dasein hervortretendes sein. Allein mitten in dieser Besonderung und Vereinzelung bleibt es eben nur die Substanz des Rechts selbst, welche den wesentlichen Angriffspunkt für das Verbrechen ausmacht. Hiernach bestimmt sich das Verhältniß beider Momente folgendermaßen noch näher. (§. 9. 10. 31.)

I. In formeller Hinsicht.

§. 34.

Es giebt kein Verbrechen, wo nicht die Uebertretung eines Gesetzes (im w. S.) vorliegt. Allein die förmliche positive Satzung schafft nicht erst das Verbrechen (vgl. den Gegensatz §. 18) [1]. Sie erkennt nur das Ansichseiende an und bestimmt es nach den räumlichen und zeitlichen Bedingungen, wodurch sie bedingt ist (§. 13. 14). Nicht die Uebertretung eines Gesetzes als solche macht daher das wesentlich Verbrecherische aus, sondern die darin liegende Verletzung der Rechtssubstanz selbst, woraus sich die Grundsätze über Rechtsunwissenheit und Rechtsirrthum (s. u.) ergeben. N. Rev. S. 658.

II. In materieller Hinsicht.

§. 35.

Das Recht kann zwar immer nur als ein konkretes Dasein verletzt werden. Aber in dieser Verletzung ist 1) die Beschädigung an dem äußerlichen Dasein und Besitze nicht das wesentlich Verbrecherische, sondern macht nur eine Modalität am Begriffe des Verbrechens aus. Ihrem Wesen nach fallen daher diese Folgen des Verbrechens dem bürgerlichen Rechte und dem daselbst wirksamen Entschädigungszwang anheim; dagegen machen sie allerdings zugleich

---

1) vgl. Mittermaier im N. Arch. 1848. S. 185—189.

an der quantitativen Seite des Verbrechens wenigstens ein Moment aus und sind insofern auch im Strafrechte zu berücksichtigen.

Die Geschichte des römischen, wie des deutschen Strafrechts zeigt allerdings theilweise ganz andre Ansichten als herrschend. In jenem ist trotz aller Ausgleichung in der Kaiserzeit der ursprünglich republikanische, auf die Inkorporation des Staatswillens in dem Willen seiner Bürger gegründete Gedanke des Privatstrafrechts, eben hiemit aber die Vermengung der Begriffe von öffentlicher und Privatgenugthuung (Strafe und Schadensersatz) nie ganz verloren gegangen. Dagegen ist zwar eine lange Periode der deutschen Strafrechtsgeschichte von dem Bußsysteme beherrscht gewesen, in welchem gleichfalls jene Begriffe nicht ausgeschieden waren (wenn gleich in andrer Modifikation); allein der wesentliche Fortschritt des deutschen Strafrechts unter den Auspizien des zur Entwicklung gediehenen modernen Staats machte sich gerade vornämlich in der immer entschiedeneren Beschränkung der Begriffe von Privatdelikt und Privatstrafe [1]), positiv in der immer klareren Auseinandersetzung der Begriffe der öffentlichen und Privatgenugthuung (der Strafe und des Schadensersatzes) geltend. Die neueren Gesetzgebungen sprechen diese Einsicht mit voller Entschiedenheit aus [2]).

§. 36.

2) Ebensowenig bildet die Verletzung des **individuellen Willens**, der als Träger des angegriffenen Rechts erscheint, das wesentlich Verbrecherische. Gleichwohl wird auch diese Beziehung zu einer für die quantitative Seite des Verbrechens bestimmenden Modalität in dem Falle, wo der Thäter die Verletzung einem Einwilligenden zufügt [3]). Natürlich bezieht sich dies vor allem nur auf die Verletzung solcher Rechte, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen,

---

1) N. Rev. S. 907. 908. u. unten §. 112. Anm. 2.

2) Bair. GB. Art. 1. vgl. Code pén. art. 10. Wirt. Art. 7. Hannövr. Art. 28. Hess. Art. 6. Oestr. §. 42. Preuß. §. 6 (Beseler S. 81. vgl. aber Goldtammer I. 76. 77).

3) Bonifacius s. malef. de insultu n. 36. Damhouder c. 88. n. 11. Jac. de Bellovisu Pract. enim. i. c. 3. nr. 37. 39. 40. Kress ad CCC. art. 134. §. 4. n. 2. Leyser Sp. 596. med. 10. Matth. de crim. Proleg. c. 3. n. 3. Böhmer Obs. qu. 27. obs. 2. i. f. u. Med. ad art. 137. §. 3. Rhetz J. feud. I. tit. 5. p. 234 u. die Citate bei Kress. Püttmann Elem. §. 284. Link de homic. in vol. comm. §. 18. Renazzi Elem. p. 51 sq. Cremani l. c. 8. §. 72. Krug Bruchstücke rc. Samml. II. nr. 7. S. 81—86. Tittmann I. §. 36. Thibaut Krit. v. Feuerb. S. 29 ff. Grolman §. 26. 141. Feuerbach 1. A. §. 40; später (anders) §. 35. Gros Nat.R. §. 32. 85. Stübel Thatbestand §. 106 u. N. Arch. IX. 551 ff. Stelzer LB. §. 441. n. a. Klein Grundsätze §. 293. Martin §. 42. n. 9. Schröter §. 52. Roßhirt LB. §. 38. Entw. §. 57. Henke I. 231—236. Henrici Begründung d. Rechtslehre II. 372. Bauer LB. §. 49. Anm. z. hann. Entw. S. 527. Wächter I. §. 59. Jarcke I. 108 ff. Abegg LB. §. 102. Unters. S. 62—72. G. L. Gravere an inj. vol. facta poenis. sit coërc. Gron. 1825. Hepp im N. Arch. XI. 65 f. 239 f. Heffter §. 38. Marezoll S. 79. 80. Luden Abh. II. 411 ff. Hdb. I. 315 ff. Rossi Traité II. p. 138. 139. Schaffrath Grundwissenschaft rc. S. 223 f. Mittermaier u. Morstadt z. F. §. 35. Wirth Ethik II. 280.

da nur bei diesen die Möglichkeit eines Verzichts überall denkbar ist. Auch hier jedoch kann von einer unbegrenzten Verzichtsbefugniß nicht die Rede sein. Denn der Begriff der Persönlichkeit mit seinen wesentlichen Momenten (Leben, Freiheit, Ehre, geist-leibliche Integrität, Eigenthum) ist ein von dem individuellen Belieben seines Trägers unabhängiger und unveränderlicher, und nur er ist das wahre Objekt der Verletzung bei den sog. Privatverbrechen. Würde daher auch ein Individuum auf die gedachten Rechte resigniren und Einem oder Allen ihre Verletzung gestatten, so bleibt diese Verletzung gleichwohl Unrecht gegen den dem unvernünftig wollenden Individuum immanenten Begriff der Persönlichkeit. Auch kann zwischen jenen Rechten nicht so unterschieden werden, als ob die einen unveräußerlich, die andern aber veräußerlich wären. Vielmehr ist jedes derselben für unveräußerlich zu halten. Allein diese Bestimmung trifft nur die Substanz des Rechts, nicht aber einzelne Anwendungen des Rechts, soweit sie von jener abgelöst und mithin abgetreten werden können, ohne derselben Eintrag zu thun. Sofern und soweit Letzteres möglich ist, kann auf Seiten dessen, der sich eine solche Abtretung zu Nutz macht, natürlich von gar keinem Unrecht die Rede sein. Allein auch bei Verletzungen, welche nicht auf diese Weise zu erlaubten Handlungen werden, erscheint doch immer infolge der vorausgegangenen Einwilligung des individuellen Trägers des Rechts das Unrecht geringer, als wenn der substantielle und der aktuelle Wille der Person zugleich verletzt werden. Natürlich muß aber in beiden Fällen die Einwilligung von einem eines wahren Willens Fähigen ausgegangen und ernstlich gemeint gewesen sein. — Fällt der Verletzende mit dem Einwilligenden zusammen, d. h. begeht Jemand eine solche Verletzung an sich selbst, so bleibt zwar die Unsittlichkeit dieselbe, aber sie tritt nicht in die soziale Sphäre heraus und wird daher kein Gegenstand für die Reaktion von Seiten des Staats, der sie den subjektiv sittlichen Mächten (Gewissen, Familie, Kirche ꝛc) zur angemessenen Behandlung anheim zu stellen hat [1]). N. Rev. S. 683—691.

---

1) J. Clar. §. fin. qu. 68. n. 7. 37. Damhouder c. 88. Menoch. de arb. jud. quaestionib. II. cas. 284. Carerius Pract. nova. tract. de homic. 2. nr. 123—127. Carpzov qu. 2. nr. 25 sq. qu. 131. nr. 48 sq. Heig quaest. II. qu. 36. nr. 31 sq. Matth. Prol. c. 3. n. 4 u. ad l. 48. Tit. 5. c. 1. nr. 9 sq. Peregrinus de j. fisci. L. IV. tit. 4. nr. 4 seq. Gometz de delictis c. 3. nr. 14. Berger Electa I. p. 97. — Fabrotus in Otto thes. V. p. 1189. Bynckershoek Obs. IV. 4. Wrisberg de eo quod just. est c. autochir. 1740. Crell ad l. 3 de bon. eor. 1731. Gerhard de crim. et poen. propricidii 1738. Winkler de mort. volunt. prohib. 1775. v. Hoogverff in Oelrichs thes. III. Tom. 2. p. 99 sq. Link l. c. §. 9. n. 2. Hermann de autochiria. 1819. Scheidler de morte volunt. 1822. Redding de vi atque effectu mort. Gron. 1823. Stäudlin Gesch. der Vorstell. v. Selbstm. 1824.

1) Auch in der früheren Doktrin wurde zwar die Frage aufgeworfen und keineswegs gleichförmig beantwortet [1]): aber es geschah nur in vereinzelter Weise und ohne Bewußtsein von der Tragweite derselben. Dieses Bewußtsein fand sich erst mit der philosophischen Auffassung des Strafrechts ein. Allgemein anerkannt ist zuvörderst, daß sich der ganze Streit nur auf die Verletzung solcher Rechte beziehen könne, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen, da andre Rechte begreiflicher Weise, wenn auch ihre Verletzung die Person zum Medium ihrer Erscheinung hat, niemals von einem Verzichte der Person abhängen können [2]). Bleibt man nun aber bei jenen Rechten stehen, so sollte man von den Anhängern der Kantischen Philosophie die folgerichtige Durchführung des Grundsatzes erwarten, daß alle Rechte der Person rechtlich verzichtbar, Verletzungen solcher aufgegebenen Rechte aber nicht möglich seien, weil nach jener Ansicht der ganze Rechtsbegriff sich überhaupt nur auf das Verhältniß der einen Person gegen die andre beziehen soll [3]). In der That haben auch Mehrere konsequent darauf bestanden [4]), daß das moralische Gebot der Nichtveräußerung des Urrechts und seiner Konsequenzen ohne rechtlichen Effekt sei, daß zwar auch in der reinrechtlichen Sphäre von einer bindenden Uebertragung dieser Rechte auf einen Andern nicht die Rede sein könne [5]), wohl aber von einer Dereliktion, vermöge welcher das preisgegebene Recht solange als nicht existent zu betrachten sei, als nicht der Verzichtende seinen Verzicht zurückgenommen habe. Sie haben daher, abgesehen von einem solchen Widerruf, die Giltigkeit des Satzes: Volenti non fit injuria in vollstem Maße behauptet und nur beigefügt, daß, wie die Dereliktion

---

v. Baumhauer de mort. volunt. Traj. 1842. besonders aber Wächter im N. Arch. X. 72 f. 216 f. 634 ff. — vgl. noch Schulting ad Paul. V. 31. n. 11. Kress u. Böhmer ad CCC. art. 135. Eckhard herm. jur. §. 138. Koch inst. j. crim. §. 513. 514. Grolman §. 283. Feuerbach §. 241 f. Schröter §. 50—52. Tittmann §. 544. Bauer §. 160. Stübel N. Arch. IX. 565 f. Martin §. 42. n. 9. §. 259. Henke I. §. 38. Abegg Unters. S. 73 f. Lb. §. 103. Wächter Lb. I. §. 58. Jarcke I. 108. III. 331—342. Roßhirt Entw. S. 338—342. Heffter §. 225 ff. Marezoll S. 342. 343. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 319 ff. Rein S. 883—886. Falck im N. Arch. XI. 143 f.

1) s. Kress, Leyser, Böhmer, Matthaeus etc. l. c. vgl. Luden Abh. II. 460. 461. n. 1.

2) z. B. Familienrechte (bei der Entführung), Rechte der bürgerlichen Gesellschaft (bei der Brandstiftung), Rechte des Staats (beim Duell) u. s. f. Andre schieben hier wieder allerlei vage Begriffe von Gemeinwohl, Sittlichkeit, Polizei, Gesetzesverbrechen u. dgl. unter. Tittmann geht allerdings über diese Grenze hinaus; allein ebenso prinziplos ist die Polemik gegen ihn von Hepp N. Arch. XI. 67—70. vgl. dag. die scharfsinnigen Bem. v. Stübel eb. IX. 584—586.

3) Gros Naturrecht §. 32. 79. 85. n. 2. vgl. §. 184. Maaß, Nat.R. §. 98. n. a. Zachariä Philos. Priv.R. §. 4. Anm. Bauer NaturR. §. 20. 67. vgl. Kant selbst p. XXXI sq.

4) s. Feuerbach 1 Ausg. §. 40. Anm. Stübel Thatbestand §. 106. N. Arch. IX. 555—578. Schröter §. 52. Tittmann I. 36. Klein Grundsätze d. peinl. R. §. 293. v. Globig System einer Gesetzgebung I. 3. nr. 3. a. v. Soden Geist d. peinl. Gesetzgeb. §. 200. Wächter I. §. 59. Luden Abh. II. 411 f. s. aber Hdb. I. 315 ff.

5) Gänzlich mißverstanden von Hepp N. Arch. XI. 74. 75. n. 1. S. 91—97. Besser Luden a. a. O. S. 414—417. Morstadt n. 1. z. F. §. 35. vgl. N. Rev. S. 687. 688.

selbst, so auch die Theilnahme eines andern daran [1]) wegen nachtheiligen Einflusses auf das Staatswohl als Polizeivergehen mit Strafe zu bedrohen sei [2]). Gleichwohl sind ausgezeichnete Juristen dieser Schule hievon abgewichen und haben zwischen den Rechten der Person insofern unterschieden, daß sie das Urrecht mit seinen Konsequenzen (Leben, Gesundheit, Freiheit) für unveräußerlich, solchenfalls also den Satz: Vol. n. fit inj. für unanwendbar, — die übrigen aber für veräußerlich erklärten [3]). In der That konnten auch diese sich auf Kant [4]) berufen, da vermöge der ganzen Anlage seiner praktischen Philosophie Recht und Moral keineswegs scharf genug getrennt waren, namentlich die Idee der Persönlichkeit und des angebornen Rechts eine Zwitterstellung zwischen beiden Gebieten hatte, vermöge deren sie bald von der allgemeinen Vernunft, bald von der Freiheit des Ichs reklamirt werden konnte. Die Konsequenz des Prinzips war nun allerdings auf Seite der Erstgenannten. Allein eben die extreme Konsequenz der absoluten Scheidung des Rechts von der Moral durch Fichte führte zu dem großen Umschlag in der deutschen Philosophie, infolge dessen beide Begriffe zunächst in Einen vermengt wurden, und somit jener Grundsatz allen Boden unter sich zu verlieren schien [5]). Wie indessen in dem allgemeinen Verlauf der neueren Philosophie jenes Amalgam der subj. und obj. Sittlichkeit (Moral und Recht) sich wieder — in neuer Weise — zu scheiden anfieng, so haben auch die auf ihrem Boden stehenden Juristen den Satz: vol. ꝛc. nie ganz fallen lassen und nur seine Gränzen schärfer zu bestimmen gesucht. Die richtige Bestimmung des Verhältnisses giebt nun der §. an [6]). Daraus ergiebt sich, daß durch die Feststellung der absoluten Rechte der Persönlichkeit die Freiheit des Individuums keineswegs durchaus aufgehoben

---

1) Dieser Gesichtspunkt war allerdings ein verfehlter. Arrêts d. franz. Kass.hofs bei Hélie V. 225 sq. Luden Abh. II. 418. n. 4 (der aber einen schiefen Grund angiebt, wie auch Hepp S. 76—79).

2) so auch Hélie V. 228—246. Zu Grunde scheint dieser Gedanke auch schon zu liegen bei Bonifacius u. Jac. de Belvisio l. c. Bajard. ad Clar. V. §. injur. n. 8 u. Boss. ib. cit.

3) Grolman §. 26. 141. Feuerbach §. 35. Martin §. 42. n. 9. Bauer §. 49. n. 2. vgl. Hoffbauer Unters. üb. Naturrecht. S. 121 f. v. Zeiller nat. Priv.R. §. 39. bes. Schmid Grundriß d. Nat.R. §. 199—221. Angedeutet ist diese Lösung der Frage schon bei Matthaeus l. c.

4) Metaphys. Anf.Gründe p. XLIII—XLVII. 95. 96. Die Inkonsequenz der Unterscheidung zwischen unveräußerlichen u. veräußerlichen Rechten aufzudecken, war nach Stübels Vorgang nicht mehr schwer.

5) Von diesen Bewegungen hat die Kritik bei Hepp S. 65 ff. keine Ahnung, daher auch die eigene Ausführung S. 254 f. so gedankenleer ausfällt.

6) Noch gar nicht aufgefaßt erscheint dieser Gedanke bei Henke I. §. 38, der im Wesentlichen ganz noch Stübel folgt. s. dag. Abegg Unters. S. 62—72. LB. §. 102, N. Arch. IX. 626 (wo freilich der Rechtsbegriff in sittlich-mystischen Nebel überschwebt, s. Luden Abh. II. 417. n. 2) u. Jarcke I. 108. Außerordentlich unbestimmt ist zum Mindesten die Darstellung bei Heffter §. 38. vgl. Marezoll S. 79. 80. — Nicht nur aber verwässert, sondern in's Falsche verzerrt ist jener Gedanke bei denen, welche der Substantialität des der Persönlichkeit eingeborenen Rechtsbegriffs das fade Raisonnement unterschieben, daß es sich hier allerdings von Privatrechten handle, deren Verzichtbarkeit von rechtlicher Seite nichts im Wege stehen würde, daß aber der Staat um des Gemeinwohls willen hier eingreifen und solche Verzichte für nichtig erklären müsse (Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 137—139. Hepp a. a. O. S. 254 ff. Luden Hdb. I. 315—323). Denn man möchte eben wissen, woher der Staat das Recht nimmt, hier einen Riegel vorzuschieben?

wird, wenn auch gleich nicht etwa die Rede davon sein kann, jene Rechte in unveräußerliche und veräußerliche einzutheilen. Vielmehr äußert sich die Freiheit des individuellen Trägers des Rechts in einer doppelten Abstufung. Sie kann a) den Begriff des Verbrechens selbst aufheben, indem sie einzelne Anwendungen des Rechts, die von der Substanz desselben abgelöst werden können [1]), gegen Andre freigiebt, welchenfalls diese kein Recht verletzen, sondern eine erlaubte Handlung begehen. Dies tritt unbedingt ein bei Rechten, deren Ausübung theilbar ist, wie bei der Freiheit und dem Eigenthum [2]), dagegen unbedingt nicht bei dem untheilbaren Rechte des Lebens [3]). Eigenthümlich verhält es sich mit der Gesundheit und der Ehre [4]). Das Recht auf die erstere kann nicht als selbständiges in Betracht kommen, da eine Preisgebung desselben der Substanz nach im Unterschiede von einem bloß relativen Verzichte praktisch nicht wohl denkbar ist. Dieses Recht ist daher vielmehr mit dem Recht auf Leben auf die Weise in Verbindung zu setzen, daß es sich dazu verhält, wie das Recht auf einzelne Eigenthumsgegenstände oder Freiheitsanwendungen zu dem Rechte der Eigenthumsfähigkeit oder Freiheit im Ganzen. Es wird daher hier die individuelle Dispositionsbefugniß der Regel nach anerkannt und nur dann als dem der Person immanenten allgemeinen Willen widersprechend ausgeschlossen werden müssen, wenn es sich um lebensgefährliche oder unheilbare Gesundheitsverletzungen handelt [5]). Bei der Ehre [6]) scheinen sich verschiedene Gesichtspunkte entgegen-

---

1) Ganz nahe dem Richtigen kam schon Schmid a. a. O.

2) Beim Eigenthum stimmen (so oder so) Alle zusammen. Ebensowenig sollte aber hinsichtlich der Freiheit gezweifelt werden, da die gänzliche Preisgebung derselben völlig unpraktisch ist, eine relative aber selbstverständlich die Möglichkeit des crimen vis aufhebt.

3) Dies ist von den Meisten anerkannt, sofern selbst viele Anhänger der Kantischen Philosophie das Recht auf das Leben mit Matthäus zu den unveräußerlichen zählten, aber auch die Uebrigen, wie Stübel, die Tödtung eines Einwilligenden wenigstens unter die Polizeiverbrechen gestellt wissen wollten, während wieder Andere, wie Trummer, Hepp, Roßhirt rc. sich schlechtweg auf das aus irgend welchen Gründen erlassene Staatsverbot, auf die Gemeingefährlichkeit, auf die boni mores od. auch wohl auf die 10 Gebote berufen. Einfacher war es, mit älteren Juristen Wahnsinn des Einwilligenden zu fingiren!

4) Eine Spur zum Richtigen, aber sogleich wieder verlassen, s. bei Hepp S. 91 ob. — vgl. die Bem. v. Jagemanns N. Arch. 1844. S. 7—9. 13 ff.

5) Dieser Punkt gehört zu den schwierigsten. Aber gerade hier finden es die Meisten sehr bequem, sich hinter die Schanze des posit. Rechts zurückzuziehen, um keine eigene Meinung aussprechen zu müssen. s. dag. Stübel N. Arch. IX. 564. 565. 569. 589—591. 595—599. Luden Abh. II. 416. n. 1. Roßhirt Entw. S. 347. Schmid, Hoffbauer rc. a. a. O. — Die meisten Neueren sind nun wohl für die abstrakte Anerkennung des Rechts auf Gesundheit als eines unveräußerlichen, — aber gewiß ganz gegen den gesunden Verstand der Praxis. s. bes. Breidenbach I. 1. S. 543. 544.

6) Mit der hier gegebenen Entscheidung stimmt ohne Zweifel die communis opinio; aber um soweniger können die Motive der Meisten auf Anerkennung Anspruch machen. Abegg u. A. sollten auch bei der Ehre den Grundsatz: Vol. n. f. inj. gar nicht anerkennen, was sie aber nicht thun (LB. §. 102); andrerseits kann aber auch die abstrakte Erklärung der Ehre für ein veräußerliches Recht (Stübel rc.) nicht befriedigen. Noch weniger freilich bloße Begründungen aus dem positiven Recht, oder aus dem Wegfall des dolus, oder aus der Eigenschaft der Injurien, bloß auf Klage untersucht und bestraft zu werden, u. dgl. Derlei Begründungen sollen freilich im Interesse der Denkfaulheit praktisch sein. So ist namentlich, um die Frage über die Grenze der

zustehen. Einerseits erscheint sie als die ideale Quintessenz der Persönlichkeit in der Art als untheilbar, daß sie, auch nur auf einem Punkte verletzt, als ganz und der Substanz nach verletzt gelten muß. Ebenso wahr ist aber, daß gerade der seines Werths und der Achtung der Andern am meisten sich Bewußte am ehesten einer vereinzelten in abstr. ehrenrührigen Behandlung sich aussetzen kann, ohne daß er dadurch seiner Ehre im Ganzen etwas zu vergeben glauben müßte. Da indessen in diesem Falle doch immer nur eine scheinbare Ehrenverletzung vorliegen würde, so wird dadurch der erstere Satz nicht umgestoßen, sondern gerade bestätigt, und es scheint daher Alles nur darauf anzukommen, ob das erlaubende Individuum ein solches ehrenhaftes ist oder nicht. In der That findet bei der Ehre das Eigenthümliche Statt, daß sie zwar der Potenz nach unfehlbar zum vollen Begriffe der Persönlichkeit gehört, dagegen als wirkliches Gut von der einzelnen Person stets erst erworben werden muß und, einmal erworben, von ihr nur ganz oder gar nicht preisgegeben werden kann. Das Recht auf Ehre muß hiernach im Ganzen, da Substanz und Aeußerung im Einzelnen zusammenfallen, der freien Verfügung seines Trägers unterworfen sein. Ehre hat nur, wer sie haben will. Entweder ist also die gestattete Ehrenverletzung deshalb eine bloß scheinbare (und in der That keine), weil die gestattende Person sich in dem Kern ihrer sittlichen Würde zu sicher fühlt, als daß sie die gestattete Behandlung als ehrenkränkend empfinden könnte, — oder sie ist es deshalb, weil die gestattende Person eben durch die Gestattung selbst und ihre Art zeigt, daß sie keine Ehre haben will, mithin auch nicht hat, weswegen es hier für den, welcher von der Einwilligung Gebrauch macht, an allem Gegenstande einer widerrechtlichen Verletzung gebricht. Für beide Fälle muß daher der Satz: Vol. n. f. inj. in vollem Umfang Geltung haben. b) Wo auch infolge der Einwilligung des berechtigten Individuums nicht der ganze Begriff des Verbrechens wegfällt, da wird doch durch die Einwilligung das Unrecht jedenfalls zu einem geringeren [1]). Den wesentlichen Grund dafür giebt der §. an, wozu dann immer noch der Grund der wegfallenden Gefährlichkeit der Handlung unterstützend beigefügt werden kann [2]). Unrichtig ist aber die Ansicht, welche das Moment der geringeren Widerrechtlichkeit hiebei von der objektiven auf die subjektive Seite hinüber verlegt [3]).

Dispositionsbefugniß der Person über ihre Rechte zu umgehen, von Hepp der Ausweg empfohlen worden, jedes einzelne Verbrechen darauf zu untersuchen, ob das posit. Recht das Merkmal: invito laeso in seinen Thatbestand aufgenommen habe. Abgesehen aber von Andrem (s. Luden Abh. II. 425 f.), scheint hier gar nicht geahnt worden zu sein, daß mit derlei Bestrebungen gar nichts gedient ist, da ja natürlich stets wieder die erste Frage sein muß: warum denn wohl das pos. Recht im einen Fall das „Merkmal invito laeso" fordre, im andern nicht? Trotzdem hat die Sache einiges Glück gemacht. s. Luden selbst Hdb. I. 318. n. 7. Bauer §. 49. not. f. Marezoll S. 80. Dagegen aber Heffter §. 38. n. 2. —

1) s. schon Kress, Böhmer, Püttmann l. c. Stübel N. Arch. IX. 578—583. Luden Abh. II. 467. Mittermaier z. F. §. 35. Marezoll S. 80. Rossi II. p. 138. 139. und bes. Wirth Ethik II. 280. A. M. Abegg im N. Arch. 1840. S. 434—441.

2) s. auch Kress l. c. Stübel S. 583. Freilich läßt sich auch das Gegentheil behaupten. s. Damhouder c. 88. n. 10. Stübel S. 569. l. 23. §. 3 D. de aed. ad. (21. 1). l. 3. §. 6 D. de bon. eor. (48. 21). Trummer in den krim. Beitr. S. 138.

3) so namentlich Böhmer und noch neuerdings Roßhirt Entw. S. 346 ff. und Morstadt z. F. §. 35. s. dag. Stübel S. 580—582.

2) Die Frage über Verletzungen der Persönlichkeit, welche von dem individuell Berechtigten selbst ausgehen, wird in der Regel (s. auch N. Rev.) mit der soeben abgehandelten als identisch betrachtet. Auch hat man hiezu guten Grund, sowohl nach der Kantischen als der Hegel'schen Philosophie. Entweder ist nämlich die Freiheit des Ichs die Grundlage des Rechtsbegriffs, dann kann begreiflich von einem Unrecht der Person gegen sich selbst nicht die Rede sein [1]; — oder die Freiheit des Einzelwillens wird der Nothwendigkeit des allgemeinen untergeordnet; dann kann dem Einzelnen mindestens nicht das Recht verstattet werden, auf die Substanz der dem Begriff der Persönlichkeit immanenten Rechte zu verzichten [2]). Gleichwohl haben Anhänger beider philosophischer Richtungen mit mehr oder minder guten Gründen abweichende Ansichten aufgestellt, — wobei aber aus natürlichen Gründen stets nur vom Selbstmord und der Selbstverstümmlung, und zwar von beiden nur insofern die Rede sein kann, als nicht (wie bei Soldaten 2c.) die Handlung unter den Gesichtspunkt eines andern Verbrechens fällt. Die Anhänger der abstrakten Freiheit der Persönlichkeit glaubten auf verschiedene Weise diese Freiheit durch staatsrechtliche [3]) oder mindestens polizeiliche [4]) Gründe einschränken zu müssen. Umgekehrt ließen sich Bekenner des andern Systems dazu herbei, den Selbstmord für blos unmoralisch zu erklären [5]). In der Sache haben dann auch die Letzteren vollkommen Recht, wenn auch nicht in dem Entscheidungsgrund, der eben nur in dem im §. Angef. liegen kann. Anderweitige Entscheidungen der Frage von Seiten älterer [6]) und neuerer [7]) Juristen haben um der Zufälligkeit oder Beliebigkeit ihres Motivs willen keinen Werth.

3) Röm. Recht. Vor Allem sind diejenigen Fälle auszuscheiden, in

---

1) Grolman §. 283. und die not. c. Angeff. Klein Annal. VII. 79—81. Stübel N. Arch. IX. 565 ff. Maaß Nat.R. §. 93. n. a. Bauer Nat.R. §. 67. a. Lb. §. 160. Gros §. 32. Martin §. 42. n. 9. Wächter Lb. I. 104. Schröter §. 50—52. Henke I. §. 38. Gerhard de crim. propricidii. p. 19 sq. Montesquieu Lettres pers. nr. 64. 76. Beccaria dei delitti §. 135.

2) Hegel §. 70. Wirth Ethik II. 8—12.

3) Feuerbach §. 241. Salchow Lb. §. 230. vgl. schon Winkler l. c. p. 8 sq. Trummer in den krim. Beitr. III. 1. S. 252—254. dag. Wächter N. Arch. X. 657—662. Uebrigens erklärt Feuerbach aus andern Gründen die Bestrafung des Selbstmords für unvernünftig. s. dag. Abegg Unters. S. 73 f. Morstadt n. 1. z. F. §. 241.

4) Stübel N. Arch. IX. 592 f. Hepp Versuche nr. 7. Krug Handwörterb. d. philos. Wiss. III. 645, — und trotz seiner Polemik gegen diese am Ende auch Wächter N. Arch. X. 669—675. vgl. Möser Patriot. Phantas. III. nr. 21. Heffter §. 225.

5) Abgesehen von Henke (s. o.), der hier ganz alle Konsequenz vergißt, s. Abegg Unters. S. 73 ff. Lb. §. 103.

6) s. Damhouder c. 88. n. 10. Clar. §. fin. qu. 68. n. 7. 37. Matthaeus Prol. c. 3. n. 4. Menochius de arbitr. jud. quaest. II. cas. 284. Carerius pract. tr. de homic. 2. nr. 123—127. Carpzov qu. 2. nr. 25 sq. qu. 131 nr. 48 sq. Heig quaest. II. qu. 36. nr. 31 sq — Dag. Kress ad. art. 135. Schulting ad Paul. R. S. V. 31. n. 11. Böhmer Obss. qu. 2. obs. 1. med. ad art. 135. §. 2. 6. u. f. f. vgl. Wächter N. Arch. X. 216 f. 653. 654. Bis zur Mitte d. vor. Jahrh. behalf man sich in Ermanglung der Gedanken mit der Offenbarung.

7) Jarcke I. 108. Marezoll S. 342. Roßhirt Entw. S. 341. 342. Mittermaier n. 4. z. F. §. 241. Trummer in d. krim. Beitr. S. 330.

welchen auf die Richtung des Angriffs gegen sich selbst oder gegen einen Einwilligenden deshalb nichts ankommen kann, weil derselbe nur als Träger eines anderweitigen, von der Persönlichkeit unabhängigen Rechts, und dieses als der wahre Gegenstand der Verletzung erscheint [1]). — Hievon abgesehen wird jedoch das röm. Recht ebensowohl für die volle Geltung des Satzes: Vol. n. f. in j. angerufen [2]), wie für seine gänzliche Verwerfung [3]); — beides mit Unrecht, obwohl man gestehen muß, daß eine absolute Entscheidung aus dem C. Jur. nicht zu entnehmen ist [4]). Jedenfalls hat die verwerfende Meinung weit mehr gegen sich, als die entgegengesetzte, wie sie denn selbst zugesteht, daß durch Einwilligung der Begriff des Diebstahls, des Betrugs, und unter Umständen (?) der Begriff der Injurie aufgehoben werde [5]). Allein auch die bejahende hat gewichtige Gründe gegen sich [6]). Denn, wenn auch nicht zu bezweifeln ist, daß bei nachweisbarer Einwilligung des Berechtigten in die Handlung das römische Recht weder ein furtum, noch damnum, noch Betrug, noch eine injuria (Gesundheitsverletzungen ohne schwerere Folgen mit eingerechnet), noch ein crimen vis (von der gänzlichen Aufhebung der Freiheit noch abgesehen) annahm [7]), so werden doch anerkanntermaßen gewisse unheilbare oder lebensgefährliche Gesundheitsverletzungen schon an sich trotz der Einwilligung des Verletzten mit schweren Strafen belegt [8]). Ferner ist zwar in der lex Fabia nach einer Stelle bei dem an einem Freien begangenen Menschenraub vorausgesetzt, daß es wider seinen Willen geschehen sei [9]). Allein abgesehen davon, daß in andern Stellen [10]) hievon nichts erwähnt wird, unterliegt es keinem Zweifel, daß nach röm. Recht kein Freier sich bindend durch Vertrag zur Sklaverei verpflichten konnte [11]). Hiemit ist die Freiheit als solche als

---

1) L. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16). l. 38. §. 12 D. de poen. (48. 19). l. 34 pr. D. de test. mil. (29. 1). l. 6. §. 7 D. de inj. rupt. (28. 3). — l. 4. §. 10—12 D. de R. M. (49. 16). — l. 2. §. 4. 5 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. un. §. 2 C. de raptu virg. (9. 13). — l. 38 D. de pact. (2. 14.). l. 6. C. eod. (2. 3).

2) s. bes. Wächter Lb. I. §. 59. Luden Abh. II. 412 ff.

3) Hepp a. a. O. S. 239—246. 281—286.

4) Rein S. 133—136 (ziemlich oberflächlich).

5) Hepp a. a. O. S. 275—277. 281—286. Warum nicht auch der Begriff der Eigenthumsbeschädigung und solcher Gesundheits- und Freiheitsverletzungen, welche das röm. Recht der Injurie subsumirt?! vgl. Luden Abh. II. 464—466. Roßhirt Entw. S. 343. 347.

6) Abgesehen natürlich von der Jahrhunderte lang (s. Damhouder, Matthaeus rc.) mit Unrecht dagegen geltend gemachten l. 13 D. ad. l. Aqu. (9. 2.) s. Wächter N. Arch. X. 227—230, sowie von andern mißbrauchten Stellen, z. B. l. 17 pr. D. commod. (13. 6). l. 20 C. de furt. (6. 2) vgl. Luden Abh. I. 189. 190. 289. n. 2. II. 430. n. 1).

7) l. 46. §. 8 D. de furt. (47. 2). l. 7 §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1. §. 5. l. 17 pr. l. 23. l. 26. j. l. 15. §. 35 D. de injur. (47. 10). l. 1. §. 6 D. de postul. (3. 1). l. 145 D. de R. J. (50. 17). l. 1. D. quod met. causa (4. 2). §. 7. 8. J. de obl. quae ex del. (IV. 1).

8) L. 3. §. 3. l. 4. §. 2. l. 8 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 4 D. de extraord. crim. (47. 11) l. 38. §. 5. l. 39 D. de poen. (48. 19).

9) l. 6. §. 2 D. h. t. (48. 15). Jn l. 15 C. eod. (9. 20) ist das Wort invitum Abschreiberarbeit.

10) Paul V. 30 b. Coll. XIV. 2. 3.

11) l. 33. 37 D. de liber. causa (40. 12). l. 6. 10. 39 C. eod. (7. 16). l. 1 D. quib. ad libert. (40. 13). Zur Strafe wegen Betrugs konnte es allerdings geschehen, §. 4 J. de j. pers. (I. 3).

unveräußerliches Recht auf's Entschiedenste anerkannt. Wenn aber gleichwohl solche, welche einen Einwilligenden als Sklaven behandelten, nicht der Strafe des plagium unterworfen wurden [1]), so lag der Grund wohl darin, daß die Römer eben aus Achtung für die Idee der Persönlichkeit den Grundsatz voranstellten, daß es eine absolute Selbstentehrung sei, sich selbst zum Sklaven hinzugeben, mithin zwar der wissentliche Käufer eines Freien die proclamatio ad libert. nicht hindern könne, aber auch keine peinliche Strafe für eine injuria in volentem commissa verdiene [2]). Daß die Römer, von diesem Fall abgesehen, sehr wohl zwischen der unantastbaren Substanz der Rechte der Persönlichkeit und der Möglichkeit des Verzichts auf einzelne Aeußerungen derselben zu unterscheiden wußten, zeigen sehr bezeichnende Aussprüche [3]). Hieraus, wie aus den angef. Stellen über lebensgefährliche Gesundheitsverletzungen scheint sich als sehr wahrscheinlich zu ergeben, daß auch die Tödtung eines Einwilligenden nicht straflos ausgegangen sei [4]). Gleichwohl ist bei dem gänzlichen Schweigen der Quellen das Gegentheil das Wahrscheinlichere, nicht als ob man die Handlung für sittlich und rechtlich angesehen hätte, sondern wohl nur deshalb, weil es — abgesehen von dem herrschenden Gebrauche, sich durch die Sklaven tödten zu lassen [5]) — in solchen Fällen an einem Ankläger fehlte. — Wie nun die römischen Quellen hinsichtlich der Verletzung eines Einwilligenden kein absolut festes und durchgreifendes Prinzip ergeben, so ist dies auch hinsichtlich der Verletzungen der Fall, die Jemand sich selbst zufügt. Zwar ist als ausgemacht zu betrachten, daß das röm. Recht zu keiner Zeit den Selbstmord als solchen mit Strafe bedrohte, vielmehr nur seit Hadrian und Antonin der Grundsatz galt, daß der Selbstmord nicht als Mittel gebraucht werden dürfe, um sich einer durch Verbrechen verwirkten Vermögenskonfiskation zu entziehen, daß vielmehr ein eines solchen Verbrechens Angeklagter

---

1) vgl. l. 7 §. 2. l. 16 §. 2. l. 33 D. de liber. csa. (40. 12). l. 4. 5 D. quib. ad lib. (40. 13). l. 1 §. 5 D. de inj. (47. 10).

2) l. 14. l. 16. §. 2. l. 33 D. de liber. csa. (40. 12). l. 6 C. eod. (7. 16). l. 1. 3—5 D. quib. ad libert. (40. 13). Daß übr. in l. 7 §. 2 D. (40. 12) mindestens die ratio legis selbst für eine geringere Kriminalstrafe liege, wird nicht bestritten werden können.

3) l. 27. §. 3. 4 D. de pact. (2. 14). vgl. Hepp S. 244. 245. 284. Luden Abh. II. 429. n. 1., welche den tieferen Gehalt der Stelle unberührt lassen. („Feinfühlend" waren die Römer allerdings in juridischen Dingen; aber, um dieß zu beweisen, muß man ihnen nicht eine triviale Moral unterschieben).

4) Was Luden Abh. II. 436—447 dagegen vorbringt, ist theils nichtssagend (wie das über den dolus, über den Hervorgang der öffentlichen Strafe aus der Privatrache, über die Nichterwähnung des Falls rc. Bemerkte), theils widersprechend (wie die Anknüpfung an die vermeintliche ursprüngliche Identität von parricidium u. perduellio). Auf die Erlaubtheit des Selbstmords will er sich selbst nicht berufen. vgl. Rein S. 135. 136.

5) Tac. Ann. XVI. 15. Val. Max. VI. 8. Bemerkenswerth ist, daß sich solche Sklaven zuweilen nach vollbrachter That selbst tödteten. Ihrer Bestrafung hätte aber entgegengestanden, daß sie (als ihrem Herrn gegenüber willenlose Werkzeuge) nur als Theilnehmer an einem erlaubten Selbstmorde anzusehen gewesen wären, daher die l. 157 D. de R. J. (50. 17) gar nicht hierher gezogen werden kann. Ebensowenig gerechtfertigt sind die (freilich sehr verschiedenen) von Abegg Unters. S. 69 u. von Luden S. 443 f. aus den Stellen ad Sct. Silan. gezogenen Schlüsse. Aus l. 1. §. 22. j. §. 23 geht hervor, daß die Sklaven keineswegs gehalten waren, ihren Herrn überhaupt am Selbstmord zu verhindern, sondern nur an dem Selbstmord ob metum crim. imminentis.

(oder gar dabei Ertappter), falls nicht erweislich andre Motive dem Selbstmord zu Grund liegen, eben durch seinen Selbstmord sich des Verbrechens geständig mache und daher (falls nicht die Erben seine Unschuld nachzuweisen vermögen) sofort sein Vermögen einzuziehen und seine Betraurung nicht zu gestatten sei [1]). Ebenso gewiß ist aber, daß auf freiwillige Hingabe zur Kastration Kapitalstrafe gesetzt war [2]). Trotz Allem aber wird man nicht fehlgehen, wenn man in Rücksicht auf die gesammte antike Rechtsanschauung dem Röm. Rechte eher eine Hinneigung zu dem Grundsatz der Verzichtbarkeit der Rechte der Persönlichkeit zuschreibt, als zum Gegentheil.

4) Entschieden auf den entgegengesetzten Standpunkt stellte sich das **kanonische** Recht, welchem jedes eigenmächtige Hingeben wenigstens solcher Güter, welche der Mensch sich nicht selbst gegeben hat, als Sünde und Unrecht erscheinen mußte. Hiefür sprechen wenigstens bestimmt die Stellen, welche den Selbstmord verdammen [3]), da als Hauptgrund der ganz allgemeine Wortlaut des Verbots: Du sollst nicht tödten geltend gemacht wird, der natürlich ebensowohl zur Verwerfung der Tödtung eines Einwilligenden führt [4]). Indessen reichte der aus Religion und Moral entnommene Entscheidungsgrund höchstens noch für die Freiheit aus, nicht aber für Ehre [5]) und Eigenthum. Der Gedanke der Substantialität der Persönlichkeit und ihrer wesentlichen Momente war darin angedeutet ohne die Möglichkeit einer juristischen Ausführung, da es an dem Prinzip fehlte, um die Fälle erlaubter Entäußerungen der betreffenden Rechte richtig aufzufassen. Dadurch bereitete sich aber die zwischen Recht und Moral hin- und herschwankende Auffassung der Frage über Verletzung eines Einwilligenden vor [6]), welche seit langer Zeit die Doktrin beherrscht und noch jetzt ihre Anhänger hat. — So leicht aber die Ansichten der Kirche — zum Theil im entschiedensten Widerspruch mit dem willkührlichst mißdeuteten römischen Recht — schon von der Glosse an, wenigstens hinsichtlich der Frage über den Selbstmord, Eingang

---

1) L. 9. §. 7 D. de pecul. (15. 1). l. 3 D. de bon. eor. (48. 21). l. 1. 2 C. eod. (9. 50). l. 11. §. 3 D. de his qui not. (3. 2). l. 32. §. 7 D. de donat. (24. 1). l. 6 §. 7 D. de inj. rupt. (28. 3). l. 45 §. 2 D. de j. fisci (49. 14). l. 5. C. si reus (9. 6). l. 2. C. qui test. (6. 22). **Wächter** im N. Arch. X. 72 f. 216 f. **Rein** S. 883—886.

2) L. 4. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). Dagegen gehören l. 8. eod. u. l. 39 D. de poen. (48. 19) so wenig hierher, als die vom Selbstmord u. der Selbstverstümmlung der Soldaten handelnden Stellen, da in diesen Fällen andere Verbrechen vorliegen.

3) Caus. 23. qu. 5. c. 9—12 (wo auch falsches Zeugniß wider sich selbst verdammt, übrigens beim Selbstmord die von Hieronymus aufgestellte Ausnahme im Fall, wo es Rettung der Keuschheit gilt, zugelassen wird). vgl. die bei **Wächter** N. Arch. X. 636 f. angef. Synodalschlüsse und c. 11 X. de sepultur. (3. 28), übr. auch Reg. 27 in VI° de R. J. (V. 13) j. **Jarcke** I. 110 n. 7.

4) Was denn auch in der Regel von den älteren Kriminalisten (z. B. **Damhouder**, **Matthaeus** rc.) wiederholt wird.

5) Aus **Ev. Matth.** c. 5. v. 39—41 war der Satz vol. non fit. inj. rc. sehr leicht zu begründen, nur freilich im absoluten Gegensatz gegen den Ehrbegriff der alten Welt, und blos als **Keim** für einen neuen.

6) **Matthaeus** z. B. knüpft seine Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten neben dem römischen Recht und Aristoteles auch an die Bibel an.

bei den Theoretikern fanden [1]), so schwer war es ihnen, in der Praxis durchzudringen. Das germanische Recht widerstrebte ihnen, zwar nicht in seinem tieferen Grunde, wohl aber in der Entwicklungsstufe, die es wenigstens im MA. noch nicht überschritten hatte. Auch die Verletzung der Rechte der Persönlichkeit wurde nämlich nicht bloß als Privatdelikt, sondern als Bruch des Gemeindefriedens angesehen, und es hätte somit nichts im Wege gestanden, im Falle der Verletzung eines Einwilligenden zwar die Buße, nicht aber das Friedensgeld (später die Strafe) wegfallen zu lassen. Allein die Eigenthümlichkeit der germanischen Rechtsentwicklung brachte gerade das mit sich, daß der Freiheitsbegriff nicht in der dem Gemeinwesen immanenten Persönlichkeit, sondern in der demselben widerstrebenden Individualität [2]) sein Organ suchte und fand, welcher Trotz der individuellen Freiheit eben nur langsam und mühsam gebändigt werden konnte. Deshalb blieb die Genugthuung für den verletzten allgemeinen Frieden langehin bei Verletzungen der Person neben der Buße das Sekundäre. Vom Selbstmord sprachen denn auch die Volksrechte gar nicht (die Kapitularien, übrigens nur die unächten, wiederholen hie und da die kirchliche Mißbilligung, von weltlicher Bestrafung des Selbstmords ist dagegen auch hier nicht die Rede) [3]). Um so gewisser aber sieht das germanische Recht kein Unrecht darin, wenn sich Jemand selbst in Sklaverei begiebt [4]), mithin auch nicht darin, wenn man einen Einwilligenden als Sklaven behandelt. Ebensowenig kann unter der Herrschaft des Kompositionssystems die Tödtung oder Verwundung eines Einwilligenden als Delikt betrachtet worden sein [5]), und noch weniger die Injuriirung eines solchen, je mehr die subjektive Auffassung der Ehre ein Kennzeichen des germanischen Rechts ausmacht. Ueberhaupt herrschte bei Verbrechen gegen die Person nicht die Idee des übertretenen Gesetzes, sondern die Vorstellung der Beleidigung des angegriffenen Individuums vor, was schon aus der Art und Weise hervorgeht, wie der dolus in den Volksrechten bezeichnet wird [6]). Entschieden endlich wird die Geltung des Grundsatzes: vol. n. fit inj. durch die Existenz des Instituts des gerichtlichen Zweikampfs bewiesen [7]). Auch im Mittelalter können noch nicht wohl entgegengesetzte Grundsätze gegolten haben [8]). Gleichwohl ist ein Umschwung

1) Wächter im N. Arch. X. 216 ff. Die verwandte Frage über Verletzung des Einwilligenden war ohne Zweifel vor dem entschiedenen Siege des Unters.-Prozesses ohne praktischen Nerv. Man begnügte sich mit einzelnen Stellen des röm. R. l. 4. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 13 D. ad l. Aqu. (9. 2) rc. rc.

2) Wilda S. 116 f. 184 f. 576.

3) Capit. spuria II. 70. III. 442. (P. II. pars. 2. p. 77. 130).

4) Marc. form. II. 27. 28. app. 16. Bign. 13. 26. Andeg. 2. 18. 19. 25. 37. Lind. 136. Georg Tur. VI, 45. vgl. L. Baj. I. 11, 1. II, 1, 5. VIII, 4. 2. 23, 3. L. Fris. XI, 1. L. Henr. I. c. 78 §. 1.

5) Dies hebt auch Luden Abh. II. 452 richtig hervor, wogegen die übrige Argumentation (S. 449—455) aus dem Begriff des Mords an sich nichtssagend ist.

6) Als malum ingenium, invidia, inimicitia, superbia, praesumtio rc. Wilda S. 559 ff. Aus demselben Grunde argumentiren noch Böhmer, Kress, Roßhirt, Morstadt.

7) L. Baj. XVII. §. 1. 2. Wilda S. 702. 703. vgl. Abegg Unters. S. 324.

8) Die Ergebung in Eigenschaft erscheint auch jetzt noch erlaubt, obwohl Andere ein Widerspruchsrecht haben. Sächs. LR. III, 32 §. 7. 42. §. 3. 45, §. 9. Schwäb. LR. c. 292. 308, u. die Rechtmäßigkeit nach dem gesunden Verstand u. der Bibel bezweifelt wird. Der Schwab. Sp. nimmt zwar den Dekalog auf, beschreibt aber doch den Menschenraub als eine wider den Willen des Betheiligten begangene Handlung. c. 201. 227.

der Ansichten bemerkbar. Das substantielle Recht der Freiheit erkennt der Sachs. Sp. III. 42 (Schwab. Sp. c. 308), den Standpunkt der absoluten Sündlichkeit einer Handlung wider Gottes Gebot der Schwab. Sp. c. 201 offen an. Allein noch fehlt es an der Konsequenz. So lange freiwillige Ergebung in Eigenschaft rechtlich möglich und die Aufnahme der Klausel, daß man sich einen Schelmen schelten lassen wolle, in Verträge geduldete Sitte blieb [1]), konnte bei Handlungen wider Freiheit und Ehre von einer injuria in volentem commissa nicht die Rede sein. Zweifelhafter erscheint die Frage in Beziehung auf Leben und Gesundheit. Denn beim Selbstmord [2]) brach sich schon frühe wenigstens theilweise die Ansicht Bahn, daß er Sünde und Verbrechen sei. Schwerlich aber zog man daraus sofort die Folgerung, daß dasselbe bei der Tödtung eines Einwilligenden anzunehmen sei, da hier das Beispiel des immer noch gesetzlich anerkannten gerichtlichen Zweikampfs [3]), das erneute Aufleben des Fehdewesens und des damit zusammenhängenden Privatgenugthuungssystems [4]), die Unfähigkeit des Gemeinwesens zur Einschreitung ohne Klage, und — nebenbei wenigstens — die mangelhafte Ausbildung des Schuldbegriffs [5]) entgegenstand. Bemerkenswerth ist jedenfalls, daß in den Aufzeichnungen des praktischen Rechts des MAs. die Frage über die Verletzung eines Einwilligenden sogut als gar nicht erwähnt, hinsichtlich des Selbstmords aber gerade von der P.G.O. (Art. 135) lediglich auf den Standpunkt des römischen Rechts zurückgegangen wird [6]). Gleichwohl sind aber diese gesetzlichen Bestimmungen für das Rechtsbewußtsein der Zeit nicht beweisend. Zwar wurde die Frage über Verletzungen eines Einwilligenden nur von Wenigen und in sehr unvollkommener Weise angeregt; aber auch diese zeigen jedenfalls, daß es im Geiste der Zeit lag, die gesetzlichen Verbote als allgemein aufzufassen, und daher auch die Verletzung des Einwilligenden für strafbar zu halten [7]). Die vorzugsweise religiöse Auffassung

---

1) Später wurde sie allerdings verworfen. s. R.P.O. 1577. Tit. 35. §. 7.

2) s. zwar Sächs. LR. II. 31. §. 1. Gosl. Stat. (Gösch.) p. 10, 13. 14. s. dag. Senkenberg C. J. Germ. I. p. I. p. 223. Gosl. Stat. p. 38, 27–33. Rechtsb. n. Dist. IV, 14, 2. 3. (Ortloff). — Cropp in Hudtwalkers krim. Beitr. II. 329. n. 48. Wächter a. a. O. scheint dies ganz übersehen zu haben. vgl. auch die lex terrae francae 1190 b. Birnbaum N. Arch. XIII. 107. n. 37.

3) Sächs. LR. I. 48. 63. Schwäb. LR. c. 79 II. Sächs. Weichb. (Thüngen) 35.

4) vgl. z. B. ostfries. LR. bei Jarcke I. 28. n. 12. Henneberg. LO. (1539) VIII, 3. c. 8. Zöpfl Bamb.R. S. 17 f. Bülow und Hagemann prakt. Erört. II. 259 ff.

5) Zu viel Gewicht legt hierauf Luden Abh. II. 456. 457. Von Mord hätte betr. Falls nicht die Rede sein können, wohl aber von Todtschlag, den Luden S. 448. n. 1. nach älterem Recht sehr irrig auffaßt. s. Wilda S. 686 ff.

6) s. Wächter im N. Arch. X. 639 ff. vgl. Richtst. LandR. II. 12. Heffter §. 228. n. 4. Hinsichtlich der Fälle der Konfisk. änderte die P.G.O. allerdings.

7) Daher behaupten Bonif., J. de Bellov., Bajard. l. c., daß in solchen Fällen zwar nicht der Einwilligende, wohl aber die curia klagen könne. Daher legte man besonders Gewicht auf die l. 4. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8), wie namentlich auch Damhouder c. 88. n. 11 thut (was Luden Abh. II. 461. not. übersieht), auf die mißverstandene l. 13 D. ad l. Aqu. (9. 2), auf den Wortlaut der 10 Gebote, überhaupt auf das religiöse Moment der Frage. Clar. §. fin. qu. 68. n. 7. Farin. qu. 20. n. 153. (membra nobilia — inimicus naturae).

älterer Ansichten, die sich da und dort noch erhalten haben (z. B. über Ablieferung an die Anatomie)[1]. Nach dem östr. GB. v. 1803 war es konsequent, wenn die östreich. Juristen auch die Theilnahme (Miturheberschaft od. Beihilfe) an einem Selbstmorde für strafbar erklärten[2]. Inkonsequent ist es dagegen, wenn dasselbe in solchen Gesetzgebungen geschieht, welche den Selbstmord nicht strafen[3]) (man könnte die Beihilfe dazu höchstenfalls zu einem Polizeivergehen stempeln)[4], und falsch und verwirrend, wenn man solche Beihilfe mit der Tödtung eines Einwilligenden verwechselt[5]. — Wie der Selbstmord, so ist auch die Selbstverstümmlung nur im östr. GB. 1803 (II. §. 161) schlechthin als schwere Polizeiübertretung bezeichnet[6], während die andern Gesetzgebungen sie nur dann mit Strafe bedrohen, wenn der Thäter dabei die Absicht verfolgt, sich zur Erfüllung einer bürgerlichen Pflicht, — namentlich der Militärpflicht — untüchtig zu machen[7]. b) Die Verletzung eines Einwilligenden ist in den neueren Gesetzgebungen in keinem Sinne befriedigend behandelt[8]. Ganz allgemein für gleichgiltig ist der Verzicht des Berechtigten im östr. GB. §. 4. erklärt[9]. Das bair. GB. (Art. 123) spricht denselben Grundsatz aus, jedoch mit Ausnahme der Entziehung und der nicht gemeingefährlichen Beschädigung des Eigenthums[10].

---

1) so in Wirtemb. s. Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 222. nr. 4. vgl. Wächter N. Arch. X. 672. 673. vgl. die V.O. b. Leonhardt I. 331. n. 4.

2) ohne sie mit der Tödtung eines Einwilligenden zu verwechseln, wie es noch neuerdings geschicht. Jenull I. 160. II. 206. 207. n. a. Wagners Zeitschr. 1831. H. 4. S. 213 f. 1834. H. 9. S. 171 f. 1835 H. 5. S. 40 f. 1837. S. 360 f. Kitka Zus.treffen mehr. Schuldigen. S. 90. 91. v. Zeiller jährl. Beitr. I. 186 ff. und Stübel N. Arch. IX. 577. 597. 598.

3) Preuß. LR. II. 20. §. 834. (vgl. Temme Tödtung S. 142). Braunschw. GB. §. 148. (vgl. Breym. S. 271). Bad. §. 208. Thüring. Art. 121. s. dag. Preuß. GB., wo der §. 311 des Entw. v. 1843 gestrichen wurde. Beseler S. 349. vgl. andrerseits wieder den neuen sächs. Entw. Art. 156., den bair. Art. 231.

4) Dies wurde in Wirtemb. zugesagt, geschah aber nicht. Hufnagel II. 20—22. III. 287. 288. Namentlich wäre diese Behandlung für Anstiftung zum Selbstmord zu empfehlen. Pr. LR. §. 834. Braunschw. GB. §. 148. Pillwitz de animi ad autoch. persuasione und Mittermaier im N. Arch. V. 511. 512, dessen Einfall jedoch nur im russ. GB. §. 1946 Aufnahme gefunden hat.

5) so Stübel, theilweise auch das preuß. LR. §. 834 (wogegen das neue preuß. Recht die Tödtung des Einw. sogar als gemeinen Mord betrachtet, während es die Beih. z. Selbstmord straflos läßt. Beseler S. 349), Weiß S. 413. Morstadt z. F. §. 35. 243. und relativ auch Mittermaier eb. s. dag. Held in den N. Jahrb. f. sächs. StrafR. 1844. S. 438—441. vgl. Hélie V. p. 222 sq. Rauter traité §. 115. 442.

6) vgl. Stübel N. Arch. IX. 596. 597. Tittmann sächs. Entw. II. §. 259 f. Bair. Entw. v. 1822. II. Art. 298.

7) Preuß. LR. II. 20. §. 802. Sächs. GB. Art. 144. Hannövr. Art. 133. Bad. §. 257—259. Thüring. Art. 139. Preuß. §. 113. Hufnagel II. 869 ff. s. jetzt auch Oestr. GB. §. 409. 410.

8) Gänzlich oberflächlich ist Häberlin I. 20.

9) ohne daß jedoch der Ausleger verhindert wäre, mit Hilfe der Bestimmungen des bes. Theils bei Freiheit, Eigenthum und Ehre (?) den entgegengesetzten Grundsatz aufzustellen. Jenull I. 156—162 (vgl. II. 206. 272) Hye S. 224. 225.

10) vgl. Anm. I. 307. 308. Henke I. §. 38. Bauer Anm. z. hannövr. Entw. I. 527. (vgl. Schlüter z. Art. 77. n. 2. Bothmer Erört. I. 250. Leonhardt I. 330—333.

Eine solche abstrakte Vorschrift ist jedoch verwerflich, schon weil sie von dem GB. selbst nicht durchgeführt werden kann [1]). Sie ist aber zugleich höchst ungerecht, indem sie die Einwilligung des Verletzten nicht einmal als Strafmilderungsgrund gelten lassen will [2]). Den leztern Fehler haben fast alle übrigen neuen Gesetzgebungen vermieden, in sofern sie (mit Ausnahme des hannövr.) wenigstens auf die Tödtung eines Einwilligenden weit geringere Strafen setzen, als auf gemeinen Mord [3]). Dagegen haben dieselben auch den andern Fehler des östr. und bair. Gbuchs vermeiden zu müssen geglaubt, — den der Abstraktion, dabei aber das Kind mit dem Bade ausgeschüttet, d. h. jede Erklärung über die Frage im Allgemeinen umgangen [4]). Dies muß nothwendig zu Unsicherheit in der Rechtsanwendung führen [5]). Die naturgemäßen Anhaltspunkte s. in Anm. 1. ff. —

§. 37.

3) Andrerseits macht die nothwendige Daseinsbestimmtheit (§. 32) den Fall möglich, daß ein Recht, welches verletzt wird, mit einem andern Rechte kollidirt, welches jenem — als Unendliches dem Endlichen — gegenübersteht und daher auf Kosten jenes erhalten bleiben muß. Dieser Fall tritt ein, wenn das Leben selbst mit einem einzelnen Recht der Persönlichkeit (besonders dem Eigenthume), — resp. das wirkliche Leben mit einem erst als möglich zu erachtenden kollidirt. Hier geht das erstere dem lezteren vermöge des Nothrechts vor, weil das Leben mit dem Dasein der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit überhaupt in Eins zusammenfällt, mithin in dem Kollisionsfalle die Verletzung des gesammten Daseins der Freiheit der Verletzung eines beschränkten Daseins derselben entgegensteht. Sollte nun das leztere auf Kosten des ersteren erhalten werden, so wäre mit diesem auch der Grund jenes Daseins negirt, während umgekehrt durch die Anerkennung des Nothrechts die Rechtsfähigkeit überhaupt ihre Anerkennung erhält. N. Rev. S. 596—606 [6]).

---

1) vgl. die neuen bair. Mot. Schlußbem. zum 7. Hauptstück.

2) Eben dies gilt gegen das neue östr. u. preuß. GB. (wenigstens in Bezug auf Tödtung eines Einwilligenden, während Körperverletzung an einem solchen nur im Fall des §. 113 mit Strafe bedroht ist. vgl. dag. Allg. LR. II. 20. §. 833. 834).

3) Sächs. GB. Art. 125. Wirt. Art. 239. Braunschw. §. 147. Hess. Art. 257. Bad. 207. (vgl. 259). Thüring. Art. 120. Sächs. Entw. Art. 155.

4) vgl. Breidenbach I. 1. S. 538–541. Leonhardt I. 330 ff.

5) Auch die scharfsinnigen Bem. von Breidenbach S. 541—545 (adoptirt von Leonhardt a. a. O. und von Hufnagel III. 333—335) reichen nicht aus und sind nur theilweise treffend, da sie das Gebiet der Frage von vorn herein nicht scharf abgrenzen. Gegen alle gesetzlichen Bestimmungen hierüber ist Mittermaier N. Arch. 1850. S. 112.

6) s. außer den nachher anzuführenden Schriften: Fritsch de praesidio necessitatis contra legem. 1661. Stryk de jure necessit. 1712. Wagner Tract. qua regula: necess. n. hab. leg. explic. 1725. Nettelbladt de necessitate ꝛc. 1752. Unger de jure necess. 1752. Tittel de eo quod licet sec. legem. nat. 1765. Simon de ablat. rei alienae in casu necessit. 1675. Schott de furto ex necess. commisso. 1772. Walch de furto fame domin. facto. 1789.

1) Auch hier liegt eine Frage vor, wobei der Einfluß der Philosophie nicht abzuweisen, wenigstens nicht abzuläugnen ist. Schon Aeltere begnügten sich hier nicht mit den betr. Stellen des positiven Rechts [1]), sondern beriefen sich entweder mit Grotius, Puffendorf u. A. darauf, daß an sich jeder Mensch ein Recht auf gleiche Theilnahme an allen irdischen Gütern habe und der Vertheilung des Eigenthums die stillschweigende Bedingung zu Grunde liege, daß man daran im Nothfall nicht gebunden sei, — oder darauf, daß der Mensch ursprünglich und wesentlich das Recht der Selbsterhaltung habe und daß daher im Nothfalle zu dem wesentlichen Zwecke auch das Recht auf das nothwendige Mittel (fremdes Eigenthum) freistehen müsse [2]). So wenig beiderlei Begründungen befriedigen können, so richtig war doch die Stellung der Frage selbst, namentlich die Beschränkung derselben auf den Fall der Kollision eines größeren Rechts mit einem geringeren. Ganz andere Ansichten dagegen stellten Kant und Fichte auf [3]) (jener freilich in offenbarem Widerspruch mit seiner eigenen Grundlegung des Strafrechts). Das Wichtigste hiebei war die gänzliche Veränderung der Fragestellung, indem nunmehr die Kollision gleicher Rechte (Leben mit Leben) vorausgesetzt wurde. Die konsequente Folgerung aus der Grundansicht, d. h. die Aufhebung des Rechtsverhältnisses selbst infolge der Aufhebung der Möglichkeit der Koexistenz, ist aber nicht einmal von Kant selbst, sondern erst von Fichte ausgesprochen [4]). Bei dieser Auffassung war nun natürlich mit der Gestattung der Vernichtung fremden Lebens auch die Gestattung der Verletzung jedes beschränkteren Rechts der Persönlichkeit von selbst gesetzt [5]). Es war aber wenigstens die exorbitante Ausdehnung des Nothstandsbegriffs dadurch wieder gemäßigt, daß derselbe nur dem selbst in Lebensgefahr Befindlichen zu Gut kommen konnte. Freilich war dagegen praktisch um so gefährlicher die ganze Begründung auf das Wiedereintreten des Naturzustandes, womit begreiflich alles Nothrecht geläugnet [6]), mithin auch dem, welcher dem Verhungernden ꝛc. das geraubte Stück Brod nicht gönnt, ebensowohl die Befugniß brutaler Gewalt eingeräumt wurde, wie jenem selbst. — Weit weniger konsequent und praktisch noch verderblicher war die von Kant selbst gegebene Entscheidung, womit die Frage auf ein ganz andres Gebiet, das der Zurechnung (Schuld) hinübergespielt wurde. Gerade dies hat aber nach Feuer-

---

Steiger Verm. Aufsätze ꝛc. 1809. nr. VIII. Cremani I. P. 1. c. 4. v. Soden Geist d. peinl. Gef.geb. I. §. 316 ff.

1) Nicht zu diesen gehören allerdings J. Clar. V. §. furtum nr. 24. J. Menoch. de arb. jud. qu. II. 2. c. 182. Gail. Obs. 142. n. 8. Bossius pr. crim. tit. de furt. n. 52. Damhouder c. 110. n. 36. J. de Bellov. I. c. 8. n. 47. 48. H. Bocer de furt. c. 2. n. 168. 169. Carpzov qu. 83. n. 40—52.

2) Grot. II. c. 2. §. 6 sq. Puffendorf J. N. et G. II. c. 6. Kress ad art. 166. Leyser sp. 537. med. 1. 2. (vgl. sp. 434. med. 19). Böhmer qu. 28. obs. 2. qu. 83. obs. 3. und ad art. 166 §. 1. v. Zeiller in d. östr. Zeitschr. 1825. I. 103—110. Oersted im N. Arch. V. 348—351.

3) Kant Metaph. Anf.Gründe der Rechtslehre XLI. XLII. Fichte Grundl. d. Nat.R. II. 85 ff. vgl. Gros §. 39. 40.

4) vgl. Grolman §. 23. 138.

5) Sehr bemerkenswerth sind aber die Zweifel, welche gerade in dem in dieser Beziehung wichtigsten Falle Grolman §. 23. n. a. äußert u. bei der Falschheit des angenommenen Grundprinzips äußern muß. s. auch Wächter I. §. 56. n. 13.

6) s. bes. Gros Naturrecht. §. 39. 40.

bachs [1]) Vorgang bei den meisten Kriminalisten Beifall gefunden [2]). Er erklärte nämlich die Handlung im Nothstande (d. h. bei dringender Gefahr für das Leben) zwar für ein factum non inculpabile, wohl aber für ein factum impunibile, weil die durch das Gesetz angedrohte Strafe doch nicht größer, als die des Verlusts des Lebens, sein, ein solches Strafgesetz aber die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben könnte, sofern die Bedrohung mit einem noch ungewissen Uebel die Furcht vor einem gewissen Uebel nicht zu überwiegen im Stande sei. Hiemit war nun allerdings der Gedanke eines Nothrechts, gleichfalls offen preisgegeben [3]); — dagegen auch die Rechtfertigung der fraglichen Verletzungen aus dem Wiederaufleben des Naturzustands beseitigt. Allein die subjektive Wendung der ganzen Frage war der unglücklichste Ausweg [4]). Vor allem forderte nun die Konsequenz, den bereits auf die Kollision von Leben und Leben ausgedehnten Begriff des Nothstands noch weiter auszudehnen. Auch ließ es Feuerbach hieran nicht fehlen, indem er behauptete, daß auch psychologischer Zwang (Drohung) [5]) die Zurechnung aufhebe. Diese Ausdehnung hat sogar bei solchen, welche sonst nicht der Feuerbachischen Schuldlehre zugethan sind, Nachahmung gefunden [6]). Ganz abgesehen aber von der Richtigkeit des herbeigezogenen subjektiven Entscheidungsmoments, müßte jedenfalls eine gesunde Praxis gegen die außerordentliche Dehnbarkeit desselben Einspruch einlegen. Mit der Maxime, daß der Staat von seinen Bürgern keinen Heroismus zu fordern habe, wäre ein Freibrief für mannigfaches Unrecht ertheilt [7]). Dies ist denn auch in der Doktrin keineswegs unbemerkt geblieben, vielmehr eingesehen worden, daß in sehr vielen Fällen mindestens nicht von Straflosigkeit, sondern nur von verminderter Strafbarkeit die Rede sein könne [8]). Je weiter aber ferner aus jenem subjektiven

---

1) Lb. §. 91. Es ist nicht wohl in Abrede zu stellen, daß der merkwürdige Einfall Kants einen wesentlichen Theil der Feuerbachischen Strafrechtstheorie schon im Keime enthält.

2) vgl. Thibaut Krit. z. Feuerb. S. 43 ff. Tittmann I. §. 88. 89. Schröter §. 103—106. Roßhirt Lb. §. 25. Martin §. 40. Henke I. 206. 335—338. Bauer §. 129. j. §. 50. n. c. Kleinschrod System. Entw. I. §. 156—158. Rossi II. p. 212—225. Mittermaier n. 1. z. F. §. 91. Breidenbach I. 1. S. 526 f. 573 f. Breym. S. 196. Hélie II. p. 261—271 (hier wird sogar behauptet, daß der Nothstand weniger entschuldige, als der moralische Zwang). s. übr. auch schon Clar. qu. 60. nr. 17. Farinacius qu. 97. nr. 11. 24. Tiraquell. de poen. temp. Caus. 33.

3) Gerade dies wurde mit großer Beeiferung nachgesprochen. s. z. B. Bauer Naturrecht. 3 A. §. 43. Schröter S. 145. n. 1. Tittmann a. a. O. Breidenbach S. 528.

4) s. auch Baumeister Bemerk. H. 1. S. 87—99.

5) Bemerkenswerth ist übrigens (abgesehen von dem Irrthum im Prinzip) der Streit unter den Vertheidigern des Satzes darüber: wie groß das angedrohte Uebel sein müsse. Feuerbach §. 91. Tittmann §. 88. v. Soden Geist der peinl. Ges.Geb. I. §. 315. Cremani I. P. 1. c. 4. §. 3. 4. Filangieri IV. 253 f. Kleinschrod a. a. O. u. Renazzi ib. cit. Henke I. 335—338. Schröter S. 146.

6) Grolman §. 41. n. a. Wächter I. §. 68. n. 29. Jarcke I. 181—183. Heffter §. 40. Roßhirt Entw. S. 202—204. Weber im N. Arch. X. 448.

7) s. z. B. Schröter S. 147. n. 5.

8) Rossi II. 212 sq. Henke I. 335—338. Cremani I. 1. c. 4. §. 3. v. Almendingen rechtl. Imputation S. 89. Tittmann §. 88. vgl. Bar-

2) Die Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts [1]) erkennen ein Nothrecht nicht in weiterem Umfang an, als der §. es beschreibt, und in Beziehung auf sie giebt es überall nur Streitfragen hinsichtlich der Modalitäten, nicht hinsichtlich des Prinzips. Es handelt sich darin nur von der Kollision zwischen Leben und Eigenthum, und die Ausleger stritten sich nur darum, was rechte Hungersnoth sei [2]), ob bloß Entwendung von Eßwaaren, oder auch eine Entwendung andrer Gegenstände hierher gehöre [3]), wie weit der Kreis von Personen auszudehnen sei, zu deren Besten auch von einem nicht selbst im Nothstand Befindlichen das Nothrecht ausgeübt werden dürfe [4]), ob Nothrecht auch bei einem durch eigene Schuld herbeigeführten Nothstande stattfinde [5]), in wie weit es auch eine bedeutendere Entwendung legitimire [6]), u. s. f. Auf die Erweiterung des Nothstandsbegriffs zu den Fällen von Kollisionen zwischen Leben und Leben kam die Doktrin bis gegen das Ende des vor. Jhs. gar nicht, um so weniger, da gerade Rechtslehrer vom bedeutendsten Ansehen, wie namentlich Carpzov, im Gegentheil sich dahin neigten, das Nothrecht selbst in seiner richtigen eingeschränkten Bedeutung unbefugter Weise noch mehr einzuschränken, auch die Polemik hiegegen aber (von Kress, Leyser, Böhmer &c.) von Gründen ausgieng, die entweder an sich einer solchen Erweiterung entgegenstanden [7]), oder sie etwa zu rechtfertigen fähig gewesen wären [8]), aber wenigstens nicht in diesem Sinne ausgebeutet wurden. Gleichwohl lag in der Berufung auf das unbedingte Recht der Selbsterhaltung wenigstens die Vorbereitung zu der Ausdehnung, welche der Frage seit Kant in so maßloser Weise gegeben wurde [9]). Diese maßlose Ausdehnung ist denn auch mehr oder weniger in alle neueren Gesetzgebungen über-

---

1) Dist. I. c. 11. — c. 4 X. de R. J. (5. 41). C. 3 X. de furt. (5. 18). Bamberg. Art. 192. P.G.O. Art. 166. 175.

2) Carpzov. qu. 83. n. 43—45 u. die dort Angef. Kress ad art. 166. §. 1. n. 2. Böhmer ad art. 166. §. 2. 4. Stryk de j. necess. c. III. §. 3. Leyser sp. 537. med. 1. 2.

3) nach dem Kan. R. u. P.G.O. Art. 175 zu bejahen. Kress u. Böhmer l. c., wie schon Carpzov. qu. 83. n. 46. Tittmann I. §. 89. n. o. Abegg §. 352. A. M. Berger El. jur. I. p. 54 u. noch Feuerbach §. 321. n. 4, s. ab. Struben III. Bed. 137. Mittermaier n. 1. z. §. 321. Vaillant de lib. volunt. ad del. p. 153.

4) Böhmer l. c. §. 3. Schulz de del. pro amico. Tittmann a. a. O. not. w. Schröter I. 147. Wächter I. 97 ob. Feuerbach §. 321. n. 2.

5) Leyser l. c. Stryk c. 3. §. 2. 5. Struven de praesidio necess. c. legem. Sect. 4. §. 5. Koch instit. §. 174. not. Schott l. c. §. 9. — vgl. Böhmer ad Carpz. qu. 83. obs. 3. med. ad art. 166. §. 7. Quistorp II. §. 375. Tittmann §. 89. not. t. u. Martin §. 40 a. E. Thibaut Kritik S. 45. Soden a. a. O. I. §. 319. Schröter S. 147. n. 5. Luden I. 308—310. Hefter §. 40. n. 2. Marezoll S. 88. n. 4.

6) Stryk c. 2. §. 8. 9. c. 3. §. 6. Böhmer ad art. 166. §. 6. v. Soden I. §. 316. Tittmann §. 89.

7) wie namentlich die von H. Grotius entlehnten.

8) wie die von Leyser u. Böhmer angef. vgl. noch die Mot. z. neuesten bair. Entw. Art. 62 und den hier wieder sehr selbstgefällig unwissenschaftlichen Aussch.-ber. z. Art. 64—75. (1851).

9) Dabei war es sehr von Gewicht, daß ganz ähnliche Ansichten auch außerhalb Deutschlands herrschend wurden, so namentlich durch Filangieri (auf den sich auch Jenull I. 147 beruft), und in Beziehung auf Zurechnung bei moralischem Zwang sogar schon durch Clarus, Farinacius u. A.

gegangen, indem sie nicht allein den Begriff des Notbstands auf die Kollision von Leben und Leben miterstrecken, sondern auch denselben mit dem (physischen und) psychischen Zwang unter Eine Rubrik bringen. So schon das östr. GB. §. 2. e. [1]). Das bair. GB. Art. 121 und der Code art. 64 erwähnen sogar des Nothstands gar nicht, sondern nur des Zwangs [2]). Das preuß. LR. jedoch trennte beides ganz richtig, beschränkte den Begriff des Nothstands im Sinne der älteren Doktrin und fehlte nur darin daß es ein Nothrecht nicht anerkannte, sondern auf die Begnadigung verwies [3]). Dagegen sind die Gesetzgebungen seit 1838 in diesem Punkt fast durchgängig Kinder der Kant-Feuerbachischen Zeit. Sie enthalten obligate Artikel über den psychologischen Zwang [4]), daneben aber auch solche über den Nothstand [5]). In Beziehung auf lezteren stimmen sie darin überein, daß sie die im §. angegebene Beschränkung nicht anerkennen [6]), sondern unter der gegebenen Voraussetzung einer Lebens- (resp. Leibes-) Gefahr jede Verletzung, die Verletzung fremden Lebens nicht ausgenommen, für straflos erklären. Schon deshalb kann nach diesen Gesetzgebungen von einem Nothrecht, wodurch das Recht der Nothwehr ausgeschlossen wäre, nicht die Rede sein [7]). Dagegen ist im Einzelnen wenig Uebereinstimmung vorhanden, und zwar a) über die Art oder den Grad der Gefahr, wodurch überhaupt das Verhältniß des Nothstands begründet werden soll, indem bald Lebensgefahr gefordert, bald auch Leibesgefahr zugelassen, dann aber bald „Leib und Leben", bald „Leib oder Leben" genannt wird, — wobei denn die Verkehrtheit dadurch noch um so größer wird, daß nicht selten beim Nothstand bloß von Lebensgefahr, dagegen bei der Drohung von Gefahr für Leib und (oder) Leben die Rede ist [8]), b) über das Requisit des Unverschuldetseins des Nothstands, das

1) vgl. Jenull I. 146. 147. 399. jezt §. 2. g. Hye S. 196. 197 (zieht gar noch den Befehl mit herein). Jetzt auch der bair. Entw. Art. 62.

2) s. jedoch die Anm. z. bair. GB. I. 232 u. über verschiedene Auslegung des Code Hélie II. p. 269—271 u. Mittermaier n. 2. z. F. §. 321.

3) II. 20. §. 19—21. 1115. vgl. d. Entw. 1843. §. 91. 1847. §. 59. Revis. 1845. I. 203. 204 (sehr bedenkenswerth). Das Ges. buch von 1851 §. 40 dagegen nennt wieder nur den Zwang und läßt den Nothstand ganz weg. s. indessen Goldtammer I. 373—375. 413. 414, wornach das hier Ausgeführte (übrigens auf Eigenthumsverletzungen beschränkt) gilt.

4) Sächs. GB. Art. 69. Wirt. Art. 101. Hannövr. Art. 84. nr. 8. Braunschw. §. 33. Hess. Art. 39. Bad. §. 82. Preuß. §. 40. Thür. Art. 64. Sächs. Entw. Art. 89.

5) Sächs. GB. Art. 72. Wirt. Art. 106. Hannövr. Art. 84. nr. 7. Braunschw. §. 34. Hess. Art. 45. Bad. §. 81. Thüring. Art. 65. Sächs. Entw. Art. 88.

6) Ausgen. das preuß., das aber dafür bei der Drohung eine um so gefährlichere Vagheit zeigt. Goldtammer I. 370—373. 411—413 (!).

7) Sie nennen auch überdies die That eine unerlaubte oder gesetzwidrige, die nur nicht zurechenbar od. nicht strafbar sein soll (factum non inculp., sed impunibile) (beim hannövr. GB. vgl. Art. 84 u. 82). Damit stimmen freilich die Begründungen in den Kommentaren nicht immer überein, z. B. von Hufnagel I. 226—228, der sich an Gros (d. h. Fichte) hält, während Breidenbach S. 527 sich auf Kant beruft, aber eigentlich mit Luden sympathisirt (ebenso, wie gewöhnlich, Leonhardt I. 362. 363), dagegen in Braunschweig, Baden, (resp. Preußen) die Unzurechnungsfähigkeit als ratio leg. vertheidigt wurde. A. M. Goldtammer S. 412 (?).

8) s. bes. Hannövr. GB. Art. 84. nr. 7. 8. Sächs. ständ. Schrift (Weiß S. 300). Wirt. Art. 101. 106. Hess. Art. 39. 45. vgl. die Noth der Kom-

bald gar nicht erwähnt [1]), bald enger oder weiter gefaßt ist [2]), ohne daß jedoch irgend eine dieser Wendungen als befriedigend erscheinen könnte; c) über die Frage, ob nur der eigene Nothstand, oder auch der Nothstand andrer Personen für die zur Abwendung desselben begangene That Straflosigkeit bewirke? Das hannövr. GB. spricht nur vom eigenen Nothstand. Der preuß. Entw. v. 1843 dehnte im Gegentheil das Privilegium im Sinne der allgemeinsten Humanität aus [3]). Dagegen mahnen alle anderen neueren Gesetzgebungen wenigstens insofern an die P.G.O. (Art. 166), als sie entweder überhaupt auch die „Angehörigen" nennen [4]), oder sich die Mühe geben, den Kreis dieser Angehörigen bestimmter (freilich in sehr verschiedener Weise) zu umschreiben [5]), wobei sie sämmtlich über die P.G.O. hinausgehen. Eigenthümlich ist das hess. GB. [6]), welches in dem Fall, wo es die Rettung irgend eines fremden Lebens durch Eingriff in fremdes Eigenthum gilt, einen solchen Eingriff für straflos erklärt. — Schon dieser Mangel an Uebereinstimmung in den wichtigsten praktischen Fragen spricht wohl sehr gegen diese moderne Behandlungsweise. Abgesehen aber von der unzuläßigen (wenn auch in mehreren Gbüchern durch formelle Trennung verdeckten) Vermengung mit den Fällen des physischen und psychischen Zwangs, machte die ungebührliche Ausdehnung des Begriffs des Nothstands an sich verschiedene Beschränkungen nöthig, die man aus der (übrigens anerkanntermaßen [7]) keineswegs passenden) Analogie der Nothwehr entnahm. Von diesen Beschränkungen sind denn allerdings die zwei ganz in der Sache gegründet, daß die Lebens- oder Leibesgefahr eine äußerste, unmittelbare, dringende, anders nicht abwendbare

---

mentatoren, z. B. Breidenbach I. 1. S. 531 f. 574. 575. Leonhardt I. 363. Luden Hdb. I. 306. n. 5. Noch viel weiter geht die preuß. Auslegung, die Gefahr für Ehre, Freiheit, Eigenthum bei der Drohung (nicht beim Nothstand, der Lebensgefahr voraussetzt) genügen läßt! Ebenso weit geht — bei Drohung u. Nothstand — Hye a. a. O. Der sächs. und bair. Entw. setzen dagegen Drohung und Nothstand gleich u. fordern Leibes- od. Lebensgefahr.

1) so im Wirt. GB. Gleichwohl spricht Hufnagel I. 227 von „unverschuldeter" Hungersnoth.

2) s. einerseits das sächs. GB. Art. 72. vgl. Weiß S. 300. n. 1. Groß I. 129. Hermann Beurth. 148. Krug Studien I. 143., das hannövr. Art. 84. nr. 7. vgl. Art. 94. nr. 3. Gans Beleucht. S. 220. Leonhardt I. 364., das Braunschw. §. 34. — andrerseits das Hess. Art. 45, das Bad. §. 81, vgl. Breidenbach I. 1. S. 578—580. Am richtigsten scheint die Bestimmung zu sein, daß die Gefahr nicht die rechtliche Folge des eigenen Handelns gewesen sein dürfe. Luden Hdb. I. 308—310.

3) vgl. die Wirtemb. KammerVerh. b. Hufnagel I. 227. Nach Goldtammer I. 413. 414 ist auch das GB. noch so auszulegen.

4) Sächs. GB. Art. 72 (nicht bloß Verwandte). vgl. Weiß S. 300. n. 2. Breidenbach I. 1. S. 529. n. 1.

5) Wirt. GB. Art. 106. Braunschw. §. 34. 73. Hess. Art. 45. j. 39. Bad. §. 81. vgl. Breidenbach S. 528—530. 575—577 (gegen eine sehr fatale Bestimmung des hess. GB.). Luden Hdb. I. 327—329.

6) Mit Recht tadelt Breidenbach S. 577. 578 die Inkonsequenz der betr. Bestimmung, die er S. 529 der „Romantik u. Sensibilität" beschuldigt. Von andrem Standpunkt aus kann man dagegen gerade in dieser Inkonsequenz ein anerkennenswerthes Ueberbleibsel des alten richtigen Begriffs von Nothrecht finden.

7) Breidenbach S. 580. 581. Leonhardt I. 363. Neue bair. Mot. vgl. die preuß. Vhdl. b. Goldtammer I. 370. 371 (?).

sein muß [1]), und daß für den Gefährdeten nicht eine besondere Rechtspflicht zur Uebernahme der Gefahr bestanden haben darf. (Bad. GB. §. 83. Sächs. Entw. Art. 88). Dagegen zeigt sich bei den übrigen, z. B. daß der Nothstand unverschuldet gewesen sein müsse (s. o.), daß kein „Exzeß" (!) begangen [2]), kein gelinderes Mittel ungebraucht geblieben sein dürfe ꝛc. [3]), einerseits ein der Rechtssicherheit durchaus gefährliches Schwanken, andrerseits der Widerspruch, daß die mit einer Hand gewährte Freiheit durch die andre wieder im Keime erstickt wird. Eben damit hängt denn auch die hie und da vorkommende Bestimmung zusammen, daß eine im Nothstande begangene Verletzung bei Strafe sofort angezeigt werden müsse [4]).

Zweites Kapitel.

Die Handlung.

§. 38.

Der dargelegte Inhalt des Verbrechens fordert 1) als seine nothwendige Form die Handlung, d. h. eine auf den Willen eines Subjekts als Ursache zurückzuführendes Thun. Damit erhebt sich aber 2) die Frage nach der Möglichkeit dieses Begriffs, welcher als die Bedingung für den des Verbrechens erscheint. Aus der bejahenden Entscheidung dieser Frage ergiebt sich 3) die Wirklichkeit desselben in den verschiedenen Modifikationen, deren er fähig ist.

Erster Abschnitt.

Nothwendigkeit der Handlung als Form.

§. 39.

Der Begriff des Verbrechens entsteht (§. 2. 5.) durch die Losreißung des Einzelwillens aus seiner Einheit mit dem allgemeinen. Es ist hiernach als Produkt des gegen die bestehenden Normen der Welt der objektiven Sittlichkeit sich auflehnenden Einzelwillens gesetzt. N. Rev. S. 51—53. §. 69—71.

§. 40.

1) An sich ist der Begriff der Rechtsverletzung nicht in dieser

---

1) Sächs. GB. Art. 72. Wirt. Art. 106. Hannövr. Art. 84, nr. 7. (Leonhardt I. 363). Braunschw. §. 34. Hess. Art. 45 (Breidenbach S. 573. 574). Bad. §. 81. Bair. und sächs. Entw. Beim Nothstand auch in Preußen, wogegen bei der Drohung die Auslegung von Goldtammer I. 412 (?) viel weiter geht; überall weiter geht Hye S. 196. 197.

2) Breidenbach I. 1. S. 580. 581. Leonhardt I. 363 unt.

3) Luden Abh. II. 511. Note. Breidenbach S. 531. 573. 574.

4) Wirt. GB. Art. 106. Braunschw. §. 168.

auch jedem Einzelnen Verbrechen zu begehen, und doch werde niemand behaupten wollen, Alles, was der Einzelne gegen die Gesetze thue, sei nicht seiner Person zuzurechnen, weil der Staat die Erlaubniß zu handeln für diese Person nicht auf Verbrechen ausgedehnt habe. Denn der Unterschied springt in die Augen, daß die physische Person ihre Persönlichkeit und ihren Willen nicht erst vom Staate zugetheilt erhält, dagegen bei der moralischen beides erst durch diese Zutheilung entsteht, folglich auch nur soweit vorhanden sein kann, als es von Seiten des Staats als Vertreters der objektiven Sittlichkeit geschehen kann und darf [1]). In jener falschen Argumentation liegt eine gänzliche Verkennung des Unterschieds der Begriffe der Persönlichkeit und der Subjektivität. Letztere, welche allein die Wurzel des Bösen ist, kommt eben nur der physischen Person zu und kann auf eine moralische schlechthin nicht übertragen werden [2]). — Hiernach ist es theils schief, theils überflüssig, wenn Andre für das gleiche Resultat andre Gründe vorbringen, z. B. daß alle oder doch die meisten Strafen auf moralische Personen nicht anwendbar sein würden [3]), oder daß das Strafrecht sich überall nicht mit Fiktionen, sondern nur mit materieller Wahrheit zu befassen habe [4]), oder daß sonst Unschuldige gestraft werden würden [5]). — Daß moralische Personen infolge ihrer Handlungen privatrechtliche Rechtsnachtheile erleiden können, präjudizirt der hier ausgeführten Ansicht nicht, da die Uebertragung rein privatrechtlicher Normen auf das Strafrecht unzuläßig ist [6]). — Allerdings war indessen die entgegengesetzte Entscheidung der Frage früher sehr verbreitet [7]) und wird auch von Neueren noch vertheidigt. Konsequent verfahren hiebei übrigens nur diejenigen, welche zur Begründung eines Verbrechens auch einen von der Mehrheit gefaßten Beschluß hinreichen lassen [8]), während Andre prinziplos die Einstimmig-

---

1) Malblank, Henke, Jarcke, Feuerbach a. a. O. Daß letzterer §. 138. n. 3 sich in Widerspruch mit sich selbst verwickle, ist eine ganz unbegründete Behauptung von Berner. Weit eher war dies von Klein zu bemerken, dem er eine „ganz treffende Entscheidung der Kontroverse" nachrühmt. Den Aufsatz im N. Arch. scheint er freilich nicht gelesen zu haben? vgl. Wächter Lb. I. S. 124. f. auch Zachariae lib. quaestionum. 1805. p. 88. Haubold l. c. c. 4. §. 15. Stübel Theilnahme S. 41. n. 35.

2) Henke I. 384. 394. n. 10. Abegg Lb. S. 110. Darauf kommt auch die Argumentation von Heffter u. Martin hinaus. vgl. bes. noch v. Savigny a. a. O. Marezoll S. 62. (Breidenbach I. 1. S. 565—569). A. M. Roßhirt Entw. S. 355.

3) Klein und Grolman a. a. O. vgl. Anm. z. bair. Strafgb. I. 161. 162.

4) Henke I. 383. 384 und Blackstone u. Coke ib. citt., jetzt wieder Berner a. a. O., der hieraus sein einziges Argument macht.

5) f. das kan. Recht. Carpzov a. a. O. Marezoll und Morstadt a. a. O.

6) v. Savigny a. a. O. Marezoll S. 63. not. 1. Die betr. Bemerkung von Marezoll führt Berner billigend an (S. 178 Anm.), braucht aber gleichwohl S. 175 den privatrechtlichen Satz als Argument für die Delinquirfähigkeit der Korporationen als solcher.

7) f. bes. Gandinus und Clarus a. a. O.

8) Willenberg de universitate delinqu. 1720. Vosmaer doctr. de imputatione ad delicta univers. adplicata. 1775. (b. Martin Coll. I. p. 370 sq.) Tittmann I. §. 113. Schröter §. 38. 39. Dabelow Hdb. d. Pand.R. III. 28 ff. (vgl. aber Lb. §. 12). Hepp Versuche S. 80 ff. (vgl. Roßhirt Entw. S. 355. n. 2). f. auch Hommel rhaps. quaest. for. obs. 601.

keit der Mitglieder zum Erforderniß machen [1]), oder auch wohl zwischen verschiedenen Verbrechen und Strafarten, resp. zwischen verschiedenen Arten von Korporationen unterschieden wissen wollen [2]). Uebrigens reden Mehrere von legislativem Standpunkte aus gleichwohl der richtigen Ansicht das Wort [3]). — Endlich ist noch zu bemerken, daß infolge von Handlungen einer Korporation Regierungsmaßregeln (wie z. B. Aufhebung derselben, oder gewisser Vorrechte, Ehrentitel rc.) eintreten können, die mit einer Bestrafung zwar äußere Aehnlichkeit, aber wesentlich nichts gemein haben, da sie auch außer dem Fall einer unerlaubten Handlung eintreten können [4]).

2) Das römische Recht spricht sich gegen die delicta universitatum aus [5]), und die scheinbar abweichenden Stellen haben entweder einen offenbar singulären Charakter [6]) oder beziehen sich auf eine von der obligatio ex delicto durchaus zu unterscheidende obligatio ex re (ex eo quod ad aliquem pervenit) [7]) Andre, die man anführt, sprechen entweder nur den gar nichts entscheidenden Satz aus, daß Mehrheitsbeschlüsse überhaupt gelten [8]), oder beziehen sich auf privatrechtliche Verhältnisse [9]). Das kanonische Recht kommt auf die richtige Entscheidung aus dem doppelten Grunde, daß weder das einzelne Mitglied, noch das Ganze unverschuldet Strafe leiden dürfe [10]). In einer andern Stelle (von Bonifaz VIII.) ist allerdings das Interdikt den Korporationen als solchen angedroht [11]). Ueberhaupt scheint diese Auffassung im MA. herrschend geworden zu sein. Denn bei der großen Zahl übereinstimmender Belege, die sich auch später wiederholen [12]), in Verbindung mit den theoretischen Ausführungen angesehener italienischer Praktiker, scheint es doch gewagt zu sein, auch hier von Singularitäten offener oder versteckter zu sprechen [13]). Auch v. Savigny giebt zu, daß es zu

1) Hotomannus quaest. ill. qu. 42. i. f. Leyser sp. 533. med. 1 sq. Gundling de universitate delinqu. 1730. §. 24 sq. Quistorp I. §. 31. Püttmann Elem. §. 52. G. J. F. Meister princ. §. 33. Dorn prakt. Komment. I. §. 36. Sintenis de delictis et poenis univers. 1825. Bauer Lb. §. 42.

2) Jacobi de jure puniendi universit. 1750. Cremani I. p. 1. c. 6. I. §. 9. Klein a. a. O. Dorn a. a. O. Roßhirt Lb. §. 99. Entw. S. 355—358.

3) Mittermaier a. a. O. Bauer Anm. I. 479 ff. Abh. I. 453—455.

4) Klein A. Arch. a. a. O. S. 18—23. Werner Handb. S. 92. Anm. v. Savigny a. a. O. S. 318.

5) l. 15. §. 1. D. de dolo (4. 3). Nov. Majoriani Tit. 7 (Hugo J. civ. antejust. p. 1386. §. 11).

6) l. 5 C. de fabricens. (11. 9). l. 18. § 2 C. de R. M. (12. 36).

7) l. 4 D. de vi (43. 16). l. 9. §. 1 D. quod metus csa. (4. 2.)

8) l. 36. 37. D. de re judic. (42. 1). l. 19 D. ad municip. (50. 1).

9) l. 11—13 D. ad municip. (50. 1).

10) c. 5 in VI° de Sent. excommun. (5. 11). c. 76 eod. de R. J. (5. 13). Gegen die bequeme Behauptung von Hepp, daß hier nichtjuristische Motive unterliegen, s. Roßhirt Entw. S. 358.

11) c. 4. in VI° de censibus (3. 20).

12) Auth. Frid. II. Item nulla u. Item quaecumque C. de episc. (1. 3). Doenniges acta Henr. VII. I. p. 171. Gold. B. c. 15. §. 4. Landfr. 1548. II. 14. 29. §. 4. K.G.O. 1555. II. 10. §. 1. Wahlkapit. VIII. §. 13. XX. §. 8.

13) Dies geschieht von Wächter a. a. O., v. Savigny S. 322. 323. Marezoll S. 63. Heffter §. 46. not. 1. Jarcke I. 135. not. 6.

einer entschiedenen Praxis über die Frage in Deutschland nicht gekommen sei [1]) und die meisten und wichtigsten der vorgekommenen Fälle „augenscheinlich mehr einen politischen als strafrechtlichen Charakter an sich tragen." — Das entschiedene Vorwiegen des polizeilichen Standpunkts mit Vernachläßigung des rechtlichen zeigt sich denn auch im preuß. LR. [2]). Dagegen ist der richtige Grundsatz ausgesprochen im bair. GB. Art. 49, im hessischen Art. 44, in den Wirt. Motiven §. 4 a. E., im hannövr. GB. Art. 56, im östreich. §. 486 [3]).

Zweiter Abschnitt.

Möglichkeit der (freien) Handlung.

§. 41.

Ist nun die Handlung die nothwendige Form für das Verbrechen, so erhebt sich von selbst die Frage: Sind Handlungen möglich? Giebt es eine freie Selbstbestimmung? Oder ist der Mensch, während er frei zu handeln meint, vielmehr dem eisernen Gesetze einer unabwendlichen Nothwendigkeit unterworfen, wie die Natur, und seine rechtsgemäße, wie verbrecherische That ohne Verdienst, wie ohne Schuld? Diese Vorfrage hat die andre in sich, ob es überhaupt ein Straf-Recht gebe? Denn, wäre dem Menschen die Freiheit des Handelns abzusprechen, so möchte zwar eine Reaktion gegen Rechtsverletzungen aus irgend welchen Motiven für zweckmäßig, ja nothwendig erachtet werden; nur könnte davon im Gebiete der Rechtswissenschaft nicht die Rede sein. Da nun aber der Begriff des Rechts überhaupt den des Willens zu seiner Voraussetzung hat, so kann es sich hier nicht davon handeln, den lezteren erst zu deduziren, sondern nur davon, auf diejenigen Ergebnisse der reinen und anthropologischen Ethik zu verweisen, welche der Begriff der Freiheit, soweit er dem Strafrecht unentbehrlich ist, voraussetzt. N. Rev. S. 54—130 [4]).

I. Der Begriff der Freiheit.

§. 42.

Der Begriff des Willens (der mit dem der Freiheit identisch ist) hat den des selbstbewußten Ichs zur Voraussetzung. Ein Natur-

1) in Wirtemberg wurde der richtige Grundsatz schon vor dem Strafgb. in der Praxis angewendet.

2) Th. II. Tit. 6. §. 143. 151. 156. 189—191. Th. I. Tit. 6. §. 51. vgl. Jarcke I. 133. not. 4.

3) Breidenbach I. 1. S. 565—569. Hufnagel III. 32. Hye S. 257—260. Goldtammer I. 331. 332.

4) vgl. Hegel Rechtsphilos. §. 4—28. Wirth System der spekul. Ethik. Bd. I. Batke die menschl. Freiheit.

objekt vermag weder zu denken, noch zu wollen. Daher steht der Natur das denkende und wollende Ich als das wesentlich Unterschiedene gegenüber [1]). Die Momente des Begriffs des Willens sind a) die absolute Möglichkeit des Ichs, von jeder durch es selbst oder sonst gesetzten Bestimmung zu abstrahiren, b) die Setzung irgend einer Bestimmtheit als Inhalts, woher er auch genommen sei, c) das Beisichbleiben des Ichs in dieser Bestimmtheit, sein Bewußtsein, daß es auch anders hätte wollen können.

II. Die Verwirklichung der Freiheit im Gegensatze zur Nothwendigkeit.

§. 43.

Ist aber das Wollen wirklich nur die andre Seite des Denkens, so muß auch der absolute Geist selbst aus seinem Selbstbewußtsein zur Selbstverwirklichung übergehen. In der That treibt ihn auch sein Wesen, Einheit in Allem zu sein, zunächst in den unendlichen Fluß des Werdens, die Natur hinaus. Aber eben in dieser Unendlichkeit der endlichen Bestimmtheit sucht er, um sich selbst nicht zu verlieren, seine Allgemeinheit wieder zu erfassen und findet sie wieder in der Einzelheit als dem allein möglichen Medium zur Durchdringung der Allgemeinheit in der Besonderheit. Die Energie dieser Einzelheit aber, in welcher der Geist die Natur durchdringt und zu seinem verklärten Leibe macht, ist gerade der menschliche Wille. Die Entwicklung der menschlichen Freiheit im Kampfe mit der in verschiedener Form ihr entgegentretenden Nothwendigkeit ist daher nur als ein Moment in der Entwicklung des absoluten Willens als Weltzweck zu begreifen. Das Ziel dieser Entwiklung ist die freie Rückkehr des Willens zu seinem Wesen, worin die Freiheit erst ihre volle Wahrheit als vernünftige Freiheit erreicht [2]). Wie aber eben deshalb die Entwicklung der Freiheit kein absoluter Abbruch von der Substanz des Willens ist, so tritt diese auch in verschiedenen Formen, Natur, Familie, Volk, Staat 2c. in das äußerliche Dasein heraus, welche Formen dem Willen des Einzelnen als Mächte der Wirklichkeit, als nothwendige Lebenselemente entgegentreten, aus denen und an denen er sich eben zur Freiheit hindurchzuringen hat. N. Rev. §. 39—41. 50. 51.

1) Denn indem ich denke, hebe ich die Freiheit der Objekte gegen mich auf, und verallgemeinere sie, da ich sie ideell setze und zu Momenten meines Selbstbewußtseins mache. Indem ich will, setze ich mich als Denkenden den Objekten gegenüber, habe aber gerade das Streben, meine Gedanken in die Welt der Gegenständlichkeit überzusetzen und ihrer praktisch Herr zu werden, wie ich sie im Denken theoretisch bemeistere.

2) A. M. Möller Kritik des Strafmaßes. 1852. S. 8—12.

wendigkeit herabsinken würde. Zugleich erscheint aber auch hiemit das Böse nicht als unmittelbare Wirkung des Absoluten. Denn weder der natürliche Wille kann sündigen, noch die absolute (vernünftige) Freiheit; nur die Willkühr kann es, in welcher der absolute Wille in sich gebrochen ist. Die Sünde (mithin auch das Verbrechen) ist also nur Selbstbestimmung des menschlichen Willens, und das Böse ist nur die Bedingung der Realität des Guten. N. Rev. §. 36—38. 48—54 [1]).

III. Die Zurechnungsfähigkeit.

§. 48.

Der böse Wille hat hiernach seinen Ursprung in der Willkühr. Nur mit der Willkühr hat es daher das Strafrecht zu thun. N. Rev. §. 66. 67.

1) Mit wenigen Ausnahmen [2]) haben die Kriminalisten von jeher an der Begründung des Strafrechts in der menschlichen Willensfreiheit keinen Anstand genommen. Vor der Kantischen Zeit war indessen von einer philosophischen Begründung kaum die Rede. Seitdem hat allerdings die Entwicklung der neueren Philosophie in dieser Frage ihren unwiderstehlichen Einfluß zu äußern nicht verfehlt. Allein die spezifischjuristische Literatur [3]) wurde vornämlich nur von dem destruktiven Auftreten Feuerbachs und der hiedurch aufgerufenen Opposition, später von den Einmischungen der bei den meisten gerichtsärztlichen Schriftstellern vorherrschenden materialistischen Denkweise, am seltensten von einigen Ausläufern des religiösen Determinismus [3]) berührt. Auch seit Kant

---

1) Als wichtige Hilfswissenschaften für das Strafrecht ergeben sich hiernach die Ethik und Psychologie. s. die Literatur in den diesen Wissenschaften gewidmeten Schriften.

2) z. B. (C. F. Hommel) Alex. v. Joch üb. Belohnung u. Strafe nach türk. Gesetzen. s. dag. Eckhardt Princ. de actionum moralitate 2c. 1788. Creuzer skept. Betr. üb. die Freiheit 2c. 1793. Stübel System d. peinl. R. §. 243. 261 ff. Klein Grundsätze §. 116—137. Ders. im A. Arch. II. 1. S. 56 f. IV. 4. S. 44 f. V. 3. S. 107 f. Grolman §. 39—44 u. in s. Bibl. I. 20 ff. Häcker üb. das oberste Prinzip der Strafwürdigkeit. Thibaut Kritik d. Feuerb. Theorie 2c. S. 36—59. Boysen Beantwortung der Preisfrage: wie weit darf d. moral. Schätzung bei Festsetzung eines Strafges. in Anwendung kommen? Kleinschrod I. §. 44. Ders. im N. Arch. I. 1—35. v. Almendingen Darstellung der rechtlichen Imputation. Tittmann I. §. 83. Oersted Grundregeln 2c. S. 129 f. Schröter I. §. 96. 97. Henke I. 290—303 (vgl. Dens. Gesch. d. deutsch. Strafrechts II. 371 f.). Stelzer üb. d. Willen (vgl. N. Arch. III. 339 f.). Roßhirt Lb. §. 16. 23 f. Martin §. 31. 32. Wächter I. §. 67. Jarcke I. 123—132. Abegg §. 80. 81. Heffter §. 47. Marezoll S. 89—92. Luden Handb. I. 19—21. Rossi II. p. 103 sq. Vaillant de libera voluntate ad del. comm. necessaria 1837. Mittermaier Noten z. F. §. 84. 85. Kitka in d. östr. Zeitschr. 1839. H. 9. S. 141 f. Bauer Abh. I. 247 f. Visini in d. östr. Zeitschr. 1834. S. 12 u. Beitr. z. Crim.R. S. 156 f. — s. außerdem noch bes. Michelet philos. Moral. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 46 f. May die strafrechtliche Zurechnung. 1851 (höchst seicht).

3) vgl. Mittermaier not. 2. z. F. §. 85 u. die dort Angef. dag. Richter philos. Strafr. S. 119—129.

noch herrscht aber in dieser Parthie des Strafrechts eine große Verwirrung bei den Einen und staunenswerthe Oberflächlichkeit bei den Andern. — Was nun Feuerbach [1]) betrifft, so war es bei der Grundansicht, worauf die Kantische Freiheitslehre beruht, nur die reinste Konsequenz von ihm [2]), wenn er die (als absolut aufgefaßte) Freiheit als einen übersinnlichen Begriff aus dem auf empirischem Boden befindlichen Strafrechte wegwies und sich hier vielmehr an den Determinismus des Kausalitätsgesetzes hielt. Indessen hat er hier, wie anderswo, in den späteren Auflagen seines Lehrb. Einräumungen gemacht, welche freilich nicht alle Nachwirkung seiner früheren einschneidenden Behauptungen unschädlich machen konnten. Es war immerhin ein fruchtbarer Boden für den von ärztlicher Seite ausgehenden Materialismus bereitet worden, welcher in der Praxis da und dort einen sehr verderblichen Einfluß gewann [3]), so daß mit Recht gesagt werden konnte: man habe sich zuletzt kaum getraut, irgend Jemanden für strafbar zu erklären und, nachdem man sich gewöhnt habe, alle Verbrechen mit Nezessitirung zur That zu entschuldigen, sei zur Verurtheilung eigentlich Niemand übrig geblieben, als die Tugendhaften, die keine Verbrechen begehen [4]). Indessen hat sich gegen derlei ärztliche Uebergriffe immer eine löbliche Opposition im Juristenstande erhalten.

2) Der Satz, daß das Strafrecht seine Basis in der menschlichen Freiheit habe, ist auch in den Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts durchaus anerkannt. Von selbst versteht sich dies hinsichtlich des öffentlichen Strafrechts der Römer, da dies eine sogar überwiegend moralische Grundlage hatte. Allein auch in das Privatstrafrecht ist schon sehr frühe derselbe Grundsatz hinübergedrungen [5]). In der That ist denn auch über die Herrschaft desselben im römischen Recht [6]) kein Zweifel, und um so weniger, da der Grundsatz, daß rechtliche Ver-

---

1) Revision I. 151—176. 319 ff. II. 37—198. vgl. Berner Imput. S. 28—35. N. Rev. S. 139—142.

2) A. M. Oersted Grundregeln 2c. S. 150 f. vgl. Mittermaier im N. Arch. IV. 410—413.

3) bes. Hitzigs Zeitschr. Nasses Zeitschr. f. Anthropol. u. dess. Zeitschr. f. psych. Aerzte. Hoffbauer Psychologie. 1808, verschiedene Schriften von Groos (Betracht. üb. moral. Freiheit 2c. 1818. Entw. einer philos. Grundl. f. d. Lehre von den Geisteskrankheiten. 1828. Ideen z. Begründung eines obj. Prinzips f. d. psychol. Legalmedizin. 1829. Skeptizismus der Freiheitslehre. 1830). Friedreich Hdb. der gerichtl. Psychologie; — Darstellung d. Theorieen üb. d. Wesen psych. Krankheiten; — Hdb. d. gerichtsärztl. Praxis. Mark die Geisteskrankheiten, übers. v. Ideler. Esquirol Pathologie der Seelenstörungen, übers. v. Hille. vgl. damit A. Henke Lb. d. gerichtl. Medizin. Ders. Abh. Bd. II—IV. Heinroth System der psych. Medizin, u. Lb. der Störungen des Seelenlebens. Weber Hdb. d. psych. Anthropologie. Jarcke üb. Zurechnung 2c. 1829. Clarus Beitr. z. Erk. zweifelh. Seelenzustände. Mittermaier de principio imputat. 2c. 1837. Sponholz die Kontrov. üb. zweifelh. Gemüthszustände. 1839. Schnitzer d. Lehre v. d. Zurechnungsfähigkeit. 1840. Wendt Das Selbstbewußts. forensisch aufgefaßt. 1844. Ellinger üb. die anthropol. Mom. der Zurechnungsfähigkeit. 1846. s. auch noch phrenologische Liter. bei Mitterm. n. 4. z. F. §. 84.

4) Richter philos. Strafr. S. 245. Jarcke I. 129. not. 7.

5) Meine Schrift: Mord u. Todtschlag 2c. S. 68 ff. A. M. Luden Abh. I. 73 ff. Rein S. 144—148.

6) §. 7. 18. J. de Obl. quae ex del. (IV. 1). §. 1. J. de vi bon. rapt. (IV. 2). l. 1. §. 3. l. 12. 14 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 39. 53 pr. D. de

das Wesen psychischer Krankheiten befähigte [1]). In Beziehung auf Verletzungen durch Thiere oder leblose Gegenstände aber dürften die römischen Grundsätze über Auslieferung des caput nocens, führe man sie nun auf Privatrache oder auf den Gedanken der Selbsthaftung des Thiers ꝛc. zurück [2]), und die germanischen Grundsätze über die Nothwendigkeit, das caput nocens (den auctor interfectionis) zu derelinquiren oder aber für den angestifteten Schaden zu haften, sich so ziemlich die Wage halten. Beide tragen einen alterthümlichen sinnlichreligiösen Charakter an sich [3]); beide schließen aber auch eine Verbindung mit den Imputationsgrundsätzen (in verschiedener Weise) nicht aus. Verhalte es sich indessen mit den Ansichten über die privatrechtliche Haftverbindlichkeit, wie es wolle, so stellt sich jedenfalls die Behauptung als unwahr heraus, daß man nur da, wo eine äußere Erkennbarkeit in den Umständen enthalten oder in speziellen Gesetzen als Merkmal der Zurechnung vorgeschrieben gewesen sei, auf die Seelenzustände des Urhebers geachtet, sonst aber es für durchaus unerheblich angesehen habe, ob derselbe im Stande gewesen sei, die That mit Bewußtsein und freiem Willen zu verüben, oder ob ihm besondre Rechtsgründe für ihre Verübung zur Seite gestanden haben. Umgekehrt ist vielmehr zu sagen, daß die überwiegend objektive Auffassung des germanischen Rechts bei aller anfänglichen Vermischung verschiedener Schuldgrade und relativen Verwischung der Grenze zwischen culpa und casus ꝛc. gerade die subjektive als Voraussetzung in sich schließe [4]).

§. 49.

Da nun **Zurechnungsfähigkeit** die Möglichkeit ist, zu handeln, d. h. mit Willkühr sich selbst zu bestimmen, so ist sie die subjektive Bedingung des Verbrechens (§. 39. 40). — Allein der Begriff des Verbrechens als Entgegensetzung des Einzelwillens gegen die Welt der objektiven Sittlichkeit (§. 1) fordert noch mehr. Soll das Recht als Recht (§. 6) verletzt werden können, so darf der Handelnde nicht bloß zurechnungsfähig überhaupt (und darum der züchtigenden Erziehung in Familie und Schule unterworfen §. 26), sondern er muß soweit herangereift sein, um das Bewußtsein eines objektiv sittlichen, in Gesetzen und äußeren Institutionen fixirten Pflichtenkreises

---

1) Man scheint zwischen extremen Auffassungen geschwankt zu haben. s. d. Stellen bei **Wilda** S. 644—647. vgl. mit **Regino** II. c. 95 u. **Ed. Roth.** 328. **Stryck** usus mod. IX. 1. §. 2 u. **Carpzov**, **Menoch.** u. **Farinacius** ib. cit. vgl. mit den b. **Glück** I. 67. X. 295. n. 74 Angeff.

2) s. bes. **Zimmern** röm. Noralklagen. **Dirksen** Civ. Abh. I. 104 u. die Uebrigen b. **Hepp** S. 90—104 Angeff.

3) **Plato** de legib. IX. c. 15. 17. a. E. 1 **Mos.** 9, 5. 2 **Mos.** 21, 28. **Mayer** D. de peccatis et poenis brutorum. **Stryck** l. c. §. 4 sq. **Hepp** S. 103. 104. 165. 166.

4) **N. Rev.** S. 338. Nicht das germanische Recht ist „unerträglich roh", sondern die Auffassung ist es, die ihm Manche angedeihen zu lassen belieben, welche stets nur an der Schale und am Buchstaben kleben und für Kern und Geist keinen Sinn mitbringen.

haben zu können [1]). Erst mit dieser Stufe der Entwicklung beginnt daher die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit. N. Rev. §. 70. 84. 179 [2]).

Anm. Es ist von Wichtigkeit, die Zurechnungsfähigkeit überhaupt als eine Eigenschaft des handelnden Subjekts zu bestimmen, während sie von so Vielen mit dem Begriff der Zurechenbarkeit überhaupt [3]), der viel weiter ist, ja sogar mit dem Begriff der Strafbarkeit in Eins zusammengeworfen wird [4]). Solche Verwechslungen sind praktisch ebenso verderblich, als theoretisch fehlerhaft. — Ebenso ist es aber ferner von Wichtigkeit, den Begriff der kriminellen Zurechnungsfähigkeit festzustellen.

§. 50.

Hieraus folgt, daß von einem unzurechnungsfähigen (§. 49) Subjekte kein Verbrechen begangen werden kann. Der freie Wille setzt den Akt des Sichselbsterfassens des Ichs als selbstbewußter Allgemeinheit gegenüber seiner eigenen und der äußeren Natur voraus. Diese Freiheit fällt daher hinweg, wo es entweder noch gar nicht zu diesem Akte gekommen oder aber in das Innere eines bereits zurechnungsfähig gewordenen Subjekts die Naturnothwendigkeit wieder als eine über sein Wissen und Begehren bestimmende Macht eingetreten ist. N. Rev. §. 81. 83.

§. 51.

Als Gründe der Unzurechnungsfähigkeit sind daher zu bezeichnen: I) solche Zustände, in welchen der in die Zeit fallende Entwicklungsprozeß der Freiheit überall noch nicht zu dem Abschluß gediehen ist, vermöge dessen die Möglichkeit freier Selbstbestimmung und zwar mit dem Bewußtsein eines bestehenden objektiv sittlichen Pflichtenkreises angenommen werden kann. Dahin gehört 1) die erste Jugend, 2) der Zustand eines ununterrichteten Taubstummen, 3) der eines völlig Wilden, 4) angeborener Blödsinn. N. Rev. §. 84. 179. u. S. 144. 145.

---

1) Dagegen gehört zur Zurechnungsfähigkeit keineswegs als posit. Erforderniß das Bewußtsein der Strafbarkeit (resp. Strafwürdigkeit, Rechtswidrigkeit rc.) der konkreten Handlung, wie Bauer Abh. I. 251—253, Hepp Vergl. d. urspr. hann. Entw. mit d. revid. S. 18, selbst Abegg S. 125. u. A. meinen, und wie es das hess. GB. Art. 37. nr. 3. und das bad. §. 71 voraussetzen. s. dag. schon Grolman §. 40. 43. Martin §. 32 n. 9. vgl. Baumeister Bem. H. 1. S. 56—59. — Wieder etwas Anders ist das (gleichfalls irrthümlich) aufgestellte Erforderniß der Abschreckbarkeit. Feuerbach §. 88. 91. Martin §. 40 a. E. Roßhirt Lb. §. 25. 26. s. dag. Thibaut Krit. S. 45 f. Almendingen Imput. S. 91 f.

2) Wirth Ethik I. 119—121. Berner Imput. S. 97—104. Theilnahme S. 58—61. Heffter §. 48. 51. Marezoll S. 94. n. 1. Abegg §. 89.

3) N. Rev. S. 181. 182. Die gedachte Verwechslung geht z. B. noch bei Hepp (a. a. O. zu §. 48) durch das ganze Buch durch.

4) N. Rev. S. 155.

1) Die Kindheit macht nicht überhaupt unzurechnungsfähig [1]) (§. 26). Sie ist aber ein Grund der kriminellen Unzurechnungsfähigkeit, weil es ihr an dem entwickelten Bewußtsein von der Stellung des Individuums gegenüber der Welt des bürgerlichen Lebens fehlt (daneben aber freilich auch an der gehörigen Fähigkeit, den Reizen der inneren und äußeren Natur zu widerstehen) [2]). — Die Frage [3]), ob es nothwendig oder wenigstens zweckmäßig sei, einen absoluten Anfangspunkt für die kriminelle Zurechnungsfähigkeit in dem Sinne festzusetzen, daß wenigstens vor dem Eintritte dieses Zeitpunktes niemals ein bürgerlich zu strafendes Vergehen anzunehmen wäre, ist zu bejahen. So gewiß es nämlich ist, daß auch unter den gleichen klimatischen Verhältnissen, Sitten und Einrichtungen die geistige Entwicklung der Jugend keineswegs auf gleichförmige Weise vor sich geht, so sehr liegt es doch auch andrerseits in der Natur der Sache, daß der Anfangspunkt der kriminellen Zurechnungsfähigkeit selbst bei frühreifen (Sonntags- od. Wunderkindern) erst in einer Zeit eintritt [4]), die unter Berücksichtigung der somatischen Entwicklungsgesetze, der natürlichen Verhältnisse eines Landes, seiner Sitten und Institutionen, des Verhältnisses zwischen häuslichem und öffentlichem Leben ꝛc. gemessen werden kann. Vor diesem Zeitpunkte also ist ein jugendlicher Uebertreter lediglich der Strafgewalt der Familie oder stellvertretender Zucht (§. 26) zu überlassen. Indessen darf die Festsetzung eines solchen Zeitpunkts keineswegs die Bedeutung annehmen, als wäre von da an kriminelle Zurechnungsfähigkeit unbedingt und volle Strafbarkeit zu statuiren [5]). Vielmehr ist eben auf den Grund der Thatsache, daß die geistige Entwicklung keinen gleichförmigen Gang einhält, sofort eine weitere Periode abzugrenzen, innerhalb welcher zwar die Möglichkeit, nicht aber die Nothwendigkeit krimineller Zurechnungsfähigkeit angenommen, aber auch bejahendenfalls zum Mindesten ein Strafmilderungsgrund statuirt wird [6]). Ueberteter, denen der rei intellectus, das

---

1) vgl. verschiedene Auffassungen bei Feder üb. d. Willen II. §. 177. 178. Wieland Geist d. peinl. Ges. §. 270. Stelzer Grundſ. d. peinl. R. c. 6. §. 11. c. 10. §. 48. Grolman Bibl. I. 35 f. Grundſ. §. 43. 53. 54. Kleinschrod I. 162 f. Feuerbach §. 90. Schröter S. 150 f. Martin §. 38. Bauer §. 128. Jarcke I. 178 f. Henke I. 307—309. Roßhirt Entw. S. 193 f. Abegg §. 89 (S. 143). Heffter §. 51. Marezoll S. 94. 95. Luden Hdb. I. 274 f. Rossi II. c. 15. Kitka im N. Arch. 1834. S. 117 f. Mittermaier eb. 1841. S. 155 f. Berner Imput. S. 97 f. vgl. noch v. Zeiller in d. östr. Zschr. 1825. H. 9. nr. 34. Gersterding Ausb. II. 31 f. Möhl de min. aetatae in crim. pun. 1834. Engelkens de imput. ad poen. pr. aetatis def. 1834. Jonge van Ellemeet de minore aetate ꝛc. 1839.

2) Schulze psych. Anthrop. S. 479. Wirth Ethik I. 121.

3) s. darüber bes. Rossi, Kitka, Mittermaier, Berner a. a. O. Oersted Grundregeln S. 347 f. Friedreich gerichtliche Psychol. S. 256 f.

4) s. bes. Rossi a. a. O. Hélie II. p. 166—170. Niccolini quist. di deritto I. p. 210 sq. Breidenbach I, 1. S. 489 ff. 481. 482. Stübel Anh. z. Mittermaier üb. den neuesten Zustand ꝛc. S. 41. 42. Jenull I. 141.

5) Gegen Roßhirts (Entw. S. 198) Zweifel s. Breidenbach I. 1. S. 491. n. 5.

6) Besser noch, wenn hier überhaupt zwischen die häusliche Zucht und die eigentlichen Strafanstalten eigenthümliche Besserungsanstalten in die Mitte treten. s. Mittermaier im N. Arch. 1841. S. 191—197. 201—204 (wo freilich die Grenze gegen die bloßen Rettungshäuser nicht scharf genug festgehalten ist).

Handeln avec discernément nicht nachgewiesen werden kann [1]), sind ganz wie die der ersten Periode zu behandeln. Erst vom Ende der zweiten Periode an ist das Dasein der kriminellen Zurechnungsfähigkeit als Regel aufzustellen [2]). — Was nun das positive Recht betrifft, so erklärt das römische die infantes (d. h. bis zu zurückgelegtem siebenten Jahre) zwar nicht für unzurechnungsfähig überhaupt (es schreibt ihnen consilium zu), wohl aber für kriminell zurechnungsunfähig [3]). Bei den Unmündigen (bis zu vollendetem zwölften, resp. vierzehnten Jahre) läßt es die individuelle Reife entscheiden, welche sehr treffend durch doli, culpae, injuriae capacitas bezeichnet wird [4]). Während nämlich die Termine der Kindheit und der Mündigkeit als absolute zu nehmen sind [5]), so hat man den Unterschied zwischen infantiae und pubertati proximi eben nur als mit dem (nach der individuellen Reife sich richtenden) Unterschiede zwischen injuriae non capaces und injuriae capaces zu verstehen [6]). Die weitere Frage ist dann nur noch, ob das römische Recht bei den als kriminell zurechnungsfähig anzunehmenden Unmündigen die volle oder eine mildere Strafe habe eintreten lassen, — eine Frage, die nicht mit absoluter Sicherheit zu entscheiden ist [7]). Bei der Untersuchung, ob dem jugendlichen Uebertreter der rei intellectus zugetraut werden könne, sollte namentlich auch auf die Natur des konkreten Verbrechens

---

1) Ueber die Gesichtspunkte hiebei s. Mittermaier a. a. O. S. 185—188. Was dieser §. 90. a. z. F. n. 20 sagt, ist übrigens unbegreiflich! Sellyer traité I. p. 205.

2) Nicht ganz klar ist hierüber Berner Imput. S. 103. 104. vgl. Mittermaier (n. 5. 6. z. F. §. 99), welcher an vermeintlicher Humanität gegen junge Verbrecher nicht satt bekommen kann.

3) l. 12. D. ad leg. Corn. de sic. (48. 8). l. 23. D. de furt. (47. 2). l. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (9. 2). Die l. 108 D. de R. J. (50. 17). l. 16 §. 3. D. de poen. (48. 19) und l. 6 pr. D. ad l. Jul. pec. (48. 13), welche Kleinschrod I. §. 84 und (wie es scheint, nach ihm) Berner S. 105 anführt, gehören nicht hierher.

4) l. 23 D. de furt. (47. 2). l. 2. §. 19. D. vi bon. rapt. (47. 8). l. 1. §. 6 D. ne vis fiat ei. (43. 4). l. 1. §. 15 D. depos. (16. 3). l. 3. §. 1 D. de injur. (47. 10). l. 22. pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 4. §. 26 D. de doli mali exc. (44. 4). l. 3. §. 2 D. de trib. act. (14. 4). l. 3. §. 1. D. de sep. viol. (47. 12). l. 111 D. de R. J. (50. 17). §. 18 J. de obl. quae ex del. (IV. 1).

5) Erb in d. Heidelb. Jb. 1815. S. 670.

6) Dies war freilich von jeher sehr bestritten. s. die Glosse zu l. 111 D. de R. J. (50. 17) und §. 10. J. de inutil. stip. (III. 20). Farinac. qu. 92. n. 9 sq. Liter. b. Glück II. §. 130. vgl. bes. Gensler im Arch. f. civil. Prar. IV. 216—234. Jetzt ist der angef. Satz wohl fast allgemein anerkannt. s. z. B. Kleinschrod I. §. 85. Grolman Bibl. I. 41—44. Schröter S. 150—152. Roßhirt Entw. S. 79. 80. Jarcke I. 179. Heffter §. 51. n. 2. Marezoll S. 94. Die Modifikation von Wächter I. S. 117 (vgl. Luden Hdb. I. 275. n. 2) ist unwesentlich. vgl. noch Schrader zu §. 10 J. de inutil. stip. (III. 20). Dirksen Verm. Schriften I. 180—199. v. Savigny System III. 23 ff.

7) vgl. l. 1 C. si adv. del. (2. 35). l. 14. D. de Scto Silan. (29. 5). l. 7 C. de poen. (9. 47). — l. 108 D. de R. J. (50. 17) l. 16 §. 3 D. de poen. (48. 19). s. z. B. Carpzov qu. 143. nr. 3. 21 sq. Grolman Bibl. I. 44. 45. Schröter S. 153. Roßhirt Entw. S. 80—83. Wächter I. S. 222. dag. Kleinschrod a. a. O. §. 86. Feuerbach §. 99. n. 4. Berner Imput. S. 105 (wohl nach Kleinschrod).

gesehen werden [1]); dagegen ist es unrichtig, dem römischen Rechte den an sich falschen Satz aufzubürden, daß die Unmündigen eher als culpae, denn als doli capaces anzunehmen seien [2]). — Das kanonische Recht stimmt hinsichtlich der Kindheit mit dem römischen überein [3]); ebenso darin, daß es annimmt, gewisse Verbrechen können ihrer Natur nach von Unmündigen nicht begangen werden [4]). Entschieden aber spricht es zugleich den Satz aus, daß Unmündige, welche als kriminell zurechnungsfähig anzunehmen sind, milder zu bestrafen seien [5]). — Das germanische Recht macht zwar die Unmündigen für Rechtsverletzungen civilrechtlich verantwortlich (s. o.), und gemäß der Zwitternatur der Buße kann eingeräumt werden, daß in einigen Rechten diese privatrechtliche Verantwortlichkeit vom Beisatz einer strafrechtlichen Bedeutung nicht ganz frei war, wobei aber zu bemerken ist, daß solchenfalls stets eine geringere Buße angesetzt wird, als für dolose Verletzungen [6]). Jedenfalls aber wurden Unmündige (bald bis zum 12ten, bald bis zum 15ten Jahre) nicht friedlos gelegt und es durfte für ihre Verletzungen kein Friedensgeld entrichtet werden [7]). Ja der Grundsatz krimineller Unzurechnungsfähigkeit Unmündiger findet sich theilweise direkt ausgesprochen [8]), und einige nordischen Rechte erhoben sich sogar bereits zu der Unterscheidung zweier Perioden und zu der Ansicht, daß in der ersten Periode dem jungen Uebertreter nicht Strafe, sondern häusliche Züchtigung gebühre [9]) (welche freilich auch der Verletzte selbst anstatt des Vaters soll ausüben dürfen) [10]). Die Rechtsbücher des MA. sagen, daß ein Kind binnen seinen Jahren durch Verbrechen seinen Leib nicht verwirken könne, wiewohl der Schaden aus seinem Gute gebessert werden müsse [11]). Doch unterscheidet das schwäb. LR. genauer: ein Kind unter 14 Jahren soll allerdings wegen Verbrechen nie seinen Leib oder einen Theil seines Leibes verwirken; dagegen soll es allerdings wegen Diebstahls bei Insolvenz mit Haut und Haar büßen, jedoch nur, wenn es über 7 Jahre alt ist; denn unter 7 Jahren soll ein Kind weder Leib, noch Gut verwirken

1) l. 1. §. 32 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 22 pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 1 C. de fals. moneta (9. 24).

2) Grolman a. a. O. S. 37 f. Schröter S. 150. Wächter I. S. 117 unt. Roßhirt Entw. S. 78—81.

3) c. un. Clem. de homic. (5. 4).

4) Es ist hiernach entschieden unrichtig, wenn Kleinschrod I. §. 86 (vgl. Berner S. 106) behauptet, daß das kan. Recht die Unmündigen schlechthin für krim. zurechnungsfähig erkläre.

5) c. 1 X. de del. puer. (5. 23). Roßhirt Entw. S. 83 sagt, das kan. Recht spreche sich hierüber nicht aus (!).

6) L. Fris. add. III. 70. 24 fries. Landr. c. 12 (v. Richth. S. 60); schwed. Rechte b. Wilda S. 643.

7) s. §. 48 Anm. 2). vgl. dazu Cap. l. Sal. add. a. 819. c. 5. (P. I. p. 226) Aethelst. Ges. VI. 12. §. 1. u. Stellen aus nord. Rechten b. Wilda S. 641. 642.

8) Jüt. Low. II. 97 a. E. vgl. II. 50. Ines Ges. VII, 2. Aethelst. Ges. II, 1. VI. 1.

9) s. Stellen b. Wilda S. 641. vgl. damit die höchst oberflächliche Bemerkung von Trummer Vortr. I. 429.

10) vgl. damit die Stellen aus dem deutschen Rechte des Mittelalters. Anm. 1. z. §. 26.

11) Sächs. LR. II. 66. §. 1. Gosl. Stat. (Göschen) S. 42, 8—19. — Schwäb. LR. c. 177. Freiburg. Stadtrechtsbrief 1120. §. 57.

können [1]). — Die P.G.O. scheidet eine erste Periode der Kindheit nicht ab, sondern stellt nur (Art. 179) im Allgemeinen die Jugend als einen möglichen Grund der Straflosigkeit auf. Im Art. 164 dagegen erklärt sie Unmündige (unter 14 Jahren) [2]) für kriminell zurechnungsfähig [3]), und will nur, daß in der Regel eine Strafmilderung eintreten soll, jedoch bei solchen, die nahe an 14 Jahren seien, dann nicht, wenn die Bosheit das Alter erfülle [4]). Ob nun aber die P.G.O. den Eintritt der Mündigkeit als absoluten Zeitpunkt für den regelmäßigen Beginn der vollen krim. Verantwortlichkeit festsetze, ist von jeher bestritten gewesen, übrigens nach dem gesammten Inhalt des Art. 164 eher zu bejahen, als zu verneinen [5]). Ueber die gemeinrechtliche Praxis nach der P.G.O. s. o. §. 26 Anm. 1 [6]). — Die neueren Gesetzgebungen setzen fast durchgängig einen absoluten Anfangspunkt für die kriminelle Zurechnungsfähigkeit fest [7]), freilich in sehr verschiedener Weise [8]). Abweichend sind nur (mit Unrecht) der

---

1) Schwäb. LR. c. 177. 232. Zu bem. ist aber, daß die Stelle von dem Haut- und Haarabschlagen in dem Freysinger Landrechtsb. 1473 (Maurer S. 172) c. 151 fehlt.

2) Daraus haben die Meisten von jeher mit Recht geschlossen, daß nach der P.G.O. auch beim weiblichen Geschlechte erst das 14te Jahr als Grenze anzunehmen sei. Carpzov qu. 143. nr. 27. Böhmer med. ad art. 164. §. 2. Feuerbach §. 90. Roßhirt Entw. S. 82. Luden Hdb. I. 276. n. 2. A. M. Kleinschrod I. 174. Schröter S. 153. n. 2.

3) Mit vollem Recht sagt Heffter §. 51. n. 2., daß nach dem klaren Wortlaut auch Unmündige, die nicht pubertati proximi seien, für krim. zurechnungsfähig erklärt werden, was Luden I. 275. n. 2. (vgl. Gensler a. a. O. S. 234) ganz ohne Grund bestreitet. Ueberaus wunderlich ist aber der Irrthum, den Schröter S. 143 n. 1 der P.G.O. aufbürdet, als nähme sie hier Strafbarkeit ohne Zurechnungsfähigkeit an (!), ein Irrthum, der übrigens nahe liegt, wenn man sich so ungenau ausdrückt, wie Kleinschrod I. 173. s. bes. Const. Theres. Art. 11. §. 6. Cod. Max. I. 1. §. 14.

4) vgl. Gesterding Ausbeute II. 32. Jonge l. c. p. 91. v. Zeiller in d. östr. Zeitschr. 1825. nr. 34. Fall b. Feuerbach Aktenm. Darst. II. 417 f. s. auch Meister rechtl. Erk. I. dec. 6. n. 21.

5) Die Meisten, welche verneinen, berufen sich übrigens mehr auf das röm. Recht, als auf die P.G.O. Letzteres thun dagegen Grolman Bibl. I. 47—49. Roßhirt Entw. S. 82. Berner S. 106. Mittermaier n. 5. z. F. §. 99. s. dag. Wächter I. S. 222. Tittmann I. §. 222.

6) Sehr ungenau ist, was hierüber von Tittmann gesagt und von Berner wiederholt wird. vgl. Wächter I. S. 224 ob.

7) Das preuß. LR. II. 20. §. 17 mit dem Eintritt der Mündigkeit, wobei jedoch zu bemerken, daß die „Züchtigung" der Unmündigen den Staatsbehörden aufgetragen u. überdies i. J. 1796 der Grundsatz: malitia supplet aetatem aufgestellt wurde (vgl. übr. d. Reskr. v. 1827 b. Mannk. S. 3—9); — das östr. GB. §. 2. d. 237. 269—273 für Verbrechen mit dem 10ten, für Vergehen und Uebertretungen mit dem 14ten Jahr (Jenull I. 141—146. Hye S. 174—183); — das bair. mit dem 8ten Jahre (Art. 120); — das sächs. (Art. 66), hannövr. (Art. 83), hess. (Art. 37), thüring. (Art. (61)., bad. (§. 78) mit dem 12ten (ebenso der kurhess. Entw. §. 65 u. der neueste bair. Art. 57); das Wirtemberg. (Art. 95) mit dem 10ten (ebenso das norweg. c. V. §. 1); das braunschw. (§. 30) mit dem 14ten (ebenso das von Basel §. 2). s. auch schon die Theresiana und den Cod. Maxim. l. c.

8) Die braunschw. Motive (Breym. S. 192. 193) berufen sich für das 14te Jahr auf die eigenthümlichen Verhältnisse in Norddeutschland. vgl. aber das hannövr. und gar das norweg. GB. s. auch Leonhardt I. 357. n. 4.

Code pénal (art. 66) und das Preuß. GB. (§. 42), welche von einem solchen Anfangspunkt nichts wissen, vielmehr bis zu vollendetem 16ten Jahr überall die Frage gestellt haben wollen, ob der Thäter ohne oder mit discernément gehandelt habe [1]). — Mit der Kindheit wird nun ferner von Vielen das Greisenalter als Grund der Zurechnungsunfähigkeit in Verbindung gebracht [2]), unfehlbar aus dem sehr in die Augen fallenden Grunde, daß das Alter wieder kindisch macht, wiewohl mit demselben Rechte der Spruch Göthes anzuführen ist: „Das Alter macht nicht kindisch, wie man spricht; es findet uns nur noch als wahre Kinder." Allein mit Recht sagen die Meisten, welche diesen Punkt beachten, daß nicht das Alter an sich, sondern der im speziellen Fall zu erweisende Blödsinn, der im Gefolge des Alters etwa eingetreten sei, den Grund der Unzurechnungsfähigkeit bilde [3]). Was man an Stellen aus den gemeinrechtlichen Quellen anführt [4]), ist hiemit nicht im Widerspruch, da dieselben höchst allgemein lauten und denselben andre entgegenstehen, worin das höhere Alter als solches vielmehr als ein Straferhöhungsgrund bezeichnet wird [5]). Von den neueren Gesetzgebungen haben nur wenige den Punkt in's Auge gefaßt; diese haben aber eben nur für den Fall das Greisenalter für einen Grund der Unzurechnungsfähigkeit erklärt, wenn dadurch der Verstandesgebrauch verloren gegangen sei [6]). Somit ist es überflüssig und irrthümlich zugleich, dasselbe an dieser Stelle spezifisch aufzuführen.

2) Der gleiche Grund der Unzurechnungsfähigkeit, wie beim jugendlichen Alter, tritt auch über den normalen Zeitpunkt geistiger Reife hinaus dann ein, wenn vermöge krankhafter Zustände jener Zeitpunkt bei einer Person als noch gar nicht eingetreten anzunehmen ist. Dahin gehören ununterrichtete Taubstumme [7])

---

1) s. jedoch Rossi a. a. O. u. spätere legislat. Vhdl. bei Hélie II. p. 166 sq.; ferner die früheren preuß. Entwürfe nebst den betr. Vhdl. bei Beseler S. 190—194. Goldtammer I. 355—360. (Merkwürdig ist, daß schon die Theresiana zwischen dem 14 und 16ten Jahr einen Milderungsgrund Platz greifen läßt, „falls gute Hoffnung künftiger Besserung sich äußere".

2) Schröter S. 154. Grolman §. 54. Wächter I. S. 118. Abegg S. 144.

3) Baj. ad Clar. §. fin. qu. 60. n. 27. 28. Tiraquell. de poen. temper. caus. 8. Farinacius qu. 92. n. 35. Carpzov qu. 145. Böhmer Med. ad art. 179. §. 5. Stelzer Grundf. c. 10. §. 48. Kleinschrod I. §. 89. 90. Henke I. 328. Jarcke I. 181. Tittmann §. 85.

4) l. 3. §. 7 D. de Scto Silan. (29. 5). Dist. 86. can. 24. P.G.O. Art. 179. Ganz das Richtige s. schon in der Theresiana Art. 11. §. 6 u. im C. Max. I. 1. §. 18.

5) Csa. 2. qu. 7. c. 28. vgl. die Citate bei Carpz. l. c. nr. 7—11. 19. u. hins. der Praxis ib. nr. 16 (aus J. Clar.), 21—25. Die Rohheit dieser Praxis ist auffallend, vgl. nr. 28. 38. 39. 48—51. 54. 55, erklärt sich aber durch die Halbheit der Theoriee. Das einzig Brauchbare aus dieser Praxis ist die vom Code pénal aufgefaßte Rücksicht, daß für Verbrecher hohen Alters die gewöhnlichen Strafen modifizirt werden müssen. Hélie III. 200—204.

6) Bair. GB. Art. 120. Hannövr. Art. 83. vgl. Breidenbach I. 1. S. 483. n. 5. Jenull I. 135. Wirt. Komm. Ber. S. 120.

7) Farinacius qu. 98. nr. 159 sq. Gomez Var. resol. III. c. 1. n. 69. Carpzov qu. 147. n. 1—40. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 147. Leyser sp. 599. med. 2. sp. 632. med. 13—15. Hommel de temp. poen. ob imbecillit. int. §. 16—19. Kreß vom Rechte der Taub- und Stummgeborenen.

(vorausgesetzt, daß sie taubstumm geboren oder in frühster Jugend es geworden sind). Das gemeine Recht spricht sich hierüber nicht aus. Das römische Recht erwähnt nicht die Taubstummen als solche, sondern nur die Tauben und die Stummen, und fast immer nur in privatrechtlichen Beziehungen, wovon nicht sofort auf die strafrechtlichen geschlossen werden darf [1]); wo aber auch von letzteren die Rede ist, da wird nur der Grundsatz ausgesprochen, daß Individuen, die eines bestimmten Sinnes ermangeln, solcher Delikte nicht fähig seien, die eben nur von einem mit diesem Sinne Begabten begangen werden können [2]). Ebensowenig macht die P.G.O. (Art 179) die Taubstummen namhaft. Doktrin und Praxis aber erkannten in „angeborner Taubstummheit" ganz richtig zum Mindesten einen Strafmilderungsgrund an, ja sogar einen Grund der Zurechnungsunfähigkeit, falls es an dem perfectus intellectus fehle [3]); nur freilich wurde andrerseits auch angenommen, daß bei einem Taubstummen perfectus intellectus möglich und dann die volle Strafe anwendbar sei, „falls nur die Verurtheilung nicht auf bloßes Geständniß hin erfolge" [4]). Seit nun in neuerer Zeit die Erziehungskunst hinsichtlich der Taubstummen die staunenswerthesten Fortschritte macht, hat sich immer allgemeiner die Ansicht festgesetzt, daß zwischen ununterrichteten und unterrichteten [5]) Taubstummen zu unterscheiden, bei jenen in der Regel Zurechnungsunfähigkeit [6]), bei diesen Strafmilderung anzunehmen sei [7]), wiewohl auch jetzt noch die Mei-

---

Hoffbauer Psychol. §. 163—185. Renazzi I. c. 7. §. 5. Guyot de jure surdo-mutorum. Mansfeld Aerztl. Andeut. z. Bestimmung d. bürgerl. Standp. d. Taubstummen. Stelzer Grunds. I. c. 6. §. 6. Kleinschrod I. §. 95—97. Friedreich Hdb. S. 402 f. Schnitzer Zur.fähigkeit S. 330 f. Berner Imput. S. 108 f. Fälle b. Eisenhardt VII, 1. Moritz Magazin z. Erfahr. Seelenheilkunde I. 3. S. 82 f. II, 2. S. 40 f. III, 2. S. 89 f. IV, 2. S. 42. (Hymmen) Beitr. z. Liter. d. Jur. in Preuß. V, 1 f. und Kappler S. 360. 361. s. auch Kitka in der östr. Zeitschr. 1839. S. 146 f. N. Arch. VII. 737 f. Hitzig Zeitschr. IX. 335 f.

1) s. Böhmer l. c. u. bes. Guyot l. c.

2) l. 3. §. 8—10 de Scto Silan. (29. 5.) Kleinschrod a. a. O. §. 95. Breidenbach I, 1. S. 497. ob. Der Stellenapparat bei Berner Imput. S. 114. beweist daher nichts.

3) s. Carpzov l. c. u. Farin., Gomez, Theodor. ꝛc. ib. citt. auch Matth. Prol. c. 2. nr. 12.

4) s. die Schöffensprüche bei Carpz. nr. 24. 38. 39. Berlich Conclus. 44. nr. 27. Gasser de inqu. contra surdum §. 24. Für die Regel voller Verantwortlichkeit erklärt sich mit äußerster Oberflächlichkeit (bes. gegenüber v. Kreß) Leyser l. c., für die Regel der Unzurechnungsfähigkeit dagegen sehr scharfsinnig Böhmer l. c. Als Strafmild.Grund erscheint die Taubstummheit in der Theres. Art. 11. §. 4, ebenso, aber auch nach Umständen als Grund der Straflosigkeit im C. Max. I. 1. §. 18.

5) Die Unterscheidung ist allerdings nicht erschöpfend, da einerseits der Unterricht ohne Erfolg geblieben, andrerseits durch eine nicht methodische Ausbildung unter günstigen Umständen ersetzt sein kann. Breidenbach I. 1. S. 495. Wirt. Vhdl. d. Abg. Sitz. 18. S. 26. 27.

6) Jenull I. 135. Hye S. 168 (d. östr. GB., wie das preuß. LR. erwähnen den Punkt nicht speciell). Bair. GB. Art. 120, Sächs. Art. 67, Hannövr. Art. 83, Braunschw. §. 30, Hess. Art. 37, Bad. §. 77, Thüring. Art. 62. Bair. Entw. Art. 58, Kurhess. Entw. §. 64. Das Wirt. und Preuß. GB. übergehen den Punkt. (Vgl. Entw. 1843. §. 79). Goldtammer I. 406.

7) Bair. GB. Art. 120, Braunschw. §. 60, Hess. Art. 114, Bad. §. 153, Thüring. Art. 59, Bair. Entw. Art. 81. Das hannövr. und noch

nung, daß je nach Umständen Taubstumme mit der vollen Strafe zu belegen seien, nicht ganz unvertreten ist [1]). Aus den Anführungen in den Noten ergiebt sich, daß die französische und größtentheils auch die deutsche Gesetzgebung in dieser Frage noch sehr zurück ist. Denn nicht nur fehlt es nicht selten sogar an der Erkenntniß, daß auch sog. unterrichtete Taubstumme nie der vollen Strafe unterworfen werden dürfen, sondern es fehlt in allen an der weiteren Erkenntniß, daß es hiermit nicht genügt, daß vielmehr auch unterrichtete Taubstumme nur in Korrektionsanstalten untergebracht und bloß pädagogisch-kriminell behandelt werden sollten [2]).

3) Derselbe Grund der Unzurechnungsfähigkeit tritt bei einem ganz wild Aufgewachsenen ein, womit freilich ein bloß schlecht Erzogener nicht verwechselt werden darf [3]).

4) Dasselbe gilt endlich von angeborenem Blödsinn, der übrigens von bloßer Dummheit wohl zu unterscheiden ist [4]). Völliger Blödsinn (Kretinismus) macht den Menschen dem Thiere gleich; sollte aber das Analogon des Taubstummenunterrichts hier anschlagen, so wäre jedenfalls auch in solchen Fällen der gleiche Gesichtspunkt aufzustellen, wie ad 2 [5]).

§. 52.

II. Solche Zustände (§. 50), in welchen der zur Freiheit gereifte Geist wieder unter das Gesetz der Naturnothwendigkeit zurückgeworfen erscheint; und zwar A) in vorübergehender Weise: dahin gehört 1) der Affekt, 2) die Trunkenheit, 3) die Schlaftrunkenheit und die ihr verwandten Zustände, — 4) der vorübergehende Wahnsinn. Absoluter Aufhebungsgrund der Zu-

---

auffallender das sächs. GB. (Art. 94 —, 64) geben hier nur ganz ungenügende Bestimmungen.

1) s. selbst Hess. GB. Art. 114. j. Breidenbach I. 1. S. 495. vgl. aber die Ausführung bei dems. I, 2. S. 607—611.

2) N. Rev. S. 674. 675. Guyot l. c. p. 162 sq. vgl. Sardin. GB. §. 97. 98. Jetzt auch Berner Theilnahme S. 59.

3) Jenull I. 135. Wächter I. §. 71. Tittmann I. §. 85. Heffter §. 52. n. 3. Feuerbach §. 90. n. 3. Martin §. 40. Bauer §. 128. Mit Unrecht wird hier häufig Böhmer obs. ad. Carpz. qu. 149 angef., da dieser lediglich von der Rechtsunwissenheit spricht (wie auch Kleinschrod I. §. 130 f. 135 f.).

4) Platner Untersuch. nr. 12—17. Heinroth Syst. der psych. ger. Medizin S. 206—214. Jarcke I. 163. vgl. Dens. Zur.fähigkeit in zweifelh. Gemüthszuständen. Hoffbauer Psychol. §. 28. Wenzel üb. d. Kretinismus. (1802). Mark Geisteskrankh. (ed. Ideler) I. 276 f. Ideler Grundr. d. Seelenheilkunde II. 624 f. Maffei u. Rösch Unters. üb. d. Kretinismus 1844. Feuerbach §. 90. n. 5. Mittermaier §. 90. a. Berner S. 154—157. Hélie II. 211—214. Die Theres. macht aus dem Blödsinn einen bloßen Mild.Grund (Art. 11. §. 4). Anders der C. Max. I. 1. §. 17. Jenull I. 134. Bair. GB. Art. 120. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 83. Sächs. Art. 67. Braunschw. §. 30. Hess. Art. 37. Bad. §. 75. Thüring. Art. 62. Preuß. §. 40.

5) Gewöhnlich begnügt man sich auch hier mit einem Mild.Grund. Jenull I. 371. Wächter I. §. 116. Henke I. 309. 310. Die neuen Gesetzgebungen machen es hier eben wie bei der Taubstummheit. s. auch Wirt. GB. Art. 98. (vgl. Sächs. Art. 64. Weiß S. 289. 290.) Fälle b. Kappler S. 330. 331. — N. Rev. S. 674. 675.

rechnungsfähigkeit ist jedoch bloß der leztere; die übrigen sind es nur relativ, sofern sie nur in gewissen Graden und auch dann nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht selbst durch die Freiheit gesetzt sind, die Zurechnungsfähigkeit aufheben. N. Rev. §. 85.

1) Abgesehen davon, daß der Affekt hierher überall nur für den Fall gehört, wo er völlige Bewußtlosigkeit mit sich führt[1], was jedoch nur bei gewissen Affekten und bei diesen nur selten vorkommt, fragt sich überhaupt, ob nicht auch ein solcher ungewöhnlicher Zustand der Unfreiheit stets als ein durch die Freiheit gesetzter anzunehmen und daher mindestens zur culpa zuzurechnen sei, da derselbe nicht von der leiblichen, sondern von der geistigen Seite ausgeht, mithin in dem Hingerissenwerden immer ein Sichhinreißenlassen liegt[2]. Indessen dürfte dahin zu entscheiden sein, daß in den Fällen des sog. gerechten Affekts durch den Veranlassungsgrund das kulpose Moment absorbirt werde[3]. Das römische Recht weiß von einer Unzurechnungsfähigkeit wegen Affekts, auch des gerechten, nichts. Die Bestimmungen über das Tödtungsrecht beim Ehebruch gehören nämlich lediglich nicht hierher[4]; gerade die Art und Weise aber, wie das römische Recht behufs der Beschränkung jenes Rechts verfuhr, zeigt deutlich, daß selbst ein justissimus calor nur als Milderungsgrund angesehen wurde, was durch andre Stellen und noch ganz besonders durch den Zusammenhang der römischen Jurisprudenz mit der stoischen Philosophie bestätigt wird[5]. Was das deutsche Recht betrifft, so hat allerdings die Bamb. (Art. 145. vgl. erstes Proj. der P.G.O. Art. 126) die Straflosigkeit der Tödtung des Ehebrechers ꝛc. auf den Grund des gerechten Affekts bezogen. Allein diese Bestimmung, sollte sie auch

---

1) s. Schulze Psych. Anthropol. S. 360 ff. vgl. A. Henke Lb. §. 274. 283. 284. Abh. II. 395 f. Friedreich Handb. d. gerichtl. Psychol. S. 826 f. Hoffbauer §. 218. Elvers Prakt. Arbeiten S. 231—259.

2) s. dafür Carpzov qu. 147. nr. 41—61. Farinacius qu. 91. nr. 4. sq. Tiraqu. de poen. temp. csa. 1. Gail Obs. II. 106. nr. 12. Obs. 110. nr. 37. Die Älteren stritten nur darüber, ob u. inwieweit der Affekt als Strafmilderungsgrund erscheinen könne; nur dies giebt Carpz. dem gerechten und dem alles Bewußtsein aufhebenden Affekt zu). Lauterbach Diss. acad. II. nr. 92. Kress ad art. 179. Westphal Rechtl. Beurth. der aus Zorn untern. Handl. c. 2. §. 4 ff. Wieland Geist d. peinl. Ges. §. 290 f. Jarcke I. 176—178. Dagegen wird der Affekt als möglicher Grund der Unzurechnungsfähigkeit aufgeführt von Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 6. Med. ad art. 179. §. 8. Kleinschrod I. §. 115—128. Tittmann I. §. 87. Schröter §. 121. Henke I. 318. 319. Berner Imput. S. 116—121. Mittermaier §. 90 a. z. F. Heffter §. 53. n. 11. Marezoll S. 96. n. 3. Luden Hdb. I. 282. n. 4. (?). vgl. noch Kitka östr. Zeitschr. 1839. S. 153 f. Hélie II. 229. 230. Renazzi II. c. 4. §. 13. c. 5. §. 6.

3) Feuerbach Rev. II. 167 f. Lb. §. 90. Grolman §. 54. Martin §. 39. Bauer §. 128. not. g. Roßhirt Lb. §. 24. (vgl. Entw. S. 76. 200. ?). Rossi II. c. 21. Eben dasselbe muß bei einem unverschuldeten Schrecken gelten. s. Jarcke I. 164. not. 27. Heffter §. 53. n. 5. 6.

4) Jarcke I. 176. n. 61.

5) l. 7. pr. D. depos. (16. 3). l. 14. §. 2 D. de cust. reor. (48. 3). l. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16.) Paul. R. S. II, 26. §. 5. Coll. IV, 5. 10. l. 38. §. 8 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 4. C. eod. (9. 9). l. 1. §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). s. meine Schrift üb. Mord u. Todtschlag ꝛc. S. 161—191.

nicht bloß auf Entschuldigung von peinlicher Strafe zu beziehen sein [1]), erscheint jedenfalls als singulär. Die VO. von Gotteslästerern a. 1495 behandelt den Affekt wenigstens nur als Milderungsgrund [2]). Die neueren Gesetzgebungen pflegen den Affekt nicht besonders herauszuheben, dagegen als allgemeinen Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit die vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne und des Verstandes aufzustellen (worunter denn auch der — gerechte oder ungerechte — Affekt fallen kann [3]).

2) Die Trunkenheit, bei welcher sich Grade unterscheiden lassen [4]), ist dem Affekte ähnlich, sofern das darin Begangene sich wenigstens unter Umständen mittelbar auf die Freiheit (dol. od. culpa) reduziren läßt; dagegen ist bei ihr der Anfang der Unzurechnungsfähigkeit nicht erst mit der völligen Bewußtlosigkeit, sondern schon dann zu setzen, wenn zwar noch Bewußtsein vorhanden, aber dessen innerer Zusammenhang aufgehoben ist (weil bei ihr Naturursachen wirksam werden, welche im bestimmten Falle die Gegenwirkung der Vernunft ausschließen und es dem Subjekte unmöglich machen, den Verlust des Bewußtseins aufzuhalten) [5]). Wie daher die Trunkenheit im Anfange ihres Verlaufs sich dem Affekte zuneigt, so neigt sie sich mit der andern Hälfte dem Schlafe zu, von dem sie sich jedoch wieder dadurch unterscheidet, daß die durch sie herbeigeführte Zurechnungsunfähigkeit streng genommen nie für eine absolute gelten kann. Gleichwohl wird man wegen der mitwirkenden Naturursachen die Trunkenheit vom Affekte zu unterscheiden und die Möglichkeit einer unverschuldeten Trunkenheit zu statuiren haben [6]) (um somehr, wenn man dem gerechten Affekt

---

1) Dies meint Jarcke I. 176. n. 63. (vgl. aber Böhmer ad Carpz. qu. 52. obs. 1. Med. ad art. 120. §. 17). Diese Meinung wird jedenfalls durch P.G.O. Art. 150. (Bamb. Art. 167) widerlegt, welche romanisirend noch weiter geht. Offenbar suchte Schwarzenberg für das in Deutschland bodenlose Tödtungsrecht eine andre Basis und fand sie nach Anleitung der späteren röm. Jurisprudenz im gerechten Affekt. Eben darin liegt aber zugleich die Singularität der Bestimmung.

2) Damit stimmte die Praxis, wie sie Carpzov bezeugt, überein; desgl. Cod. Max. I. 1. §. 20. Theresiana art. 11. §. 8.

3) Oestr. GB. §. 2. (vgl. §. 39). Jenull I. 140. Bair. Art. 121. Sächs. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 84, 9. Braunschw. §. 30. Hess. Art. 37. Bad. §. 75. Thüring. Art. 62. vgl. übr. Leonhardt I. 370. 371. Breidenbach I. 1. S. 506—508. Kurhess. Entw. §. 62. Bair. Entw. Art. 56. Hélie II. p. 225. Der Code pén. (art. 321. 324. 325.) läßt den Affekt nur als Mild.grund wirken. Dasselbe nimmt Hufn. III. 129. und StrafGB. mit Anm. S. 94 vom Wirt. GB. an. Ebenso Breidenbach I. 1. S. 508 vom hessischen. vgl. Goldtammer I. 408.

4) Hoffbauer Psychol. §. 190 f. Heinroth Lb. d. Seelenstör. II. 272. Weber psych. Anthropol. S. 449 f. Clarus Beitr. z. Beurth. zweif. Seelenzust. S. 113 f. Dazu Henke Abh. IV. S. 235 f. Friedreich Hdb. S. 726 f. ger. ärztl. Prax. S. 427 f. Schnitzer Zur.fähigkeit S. 304 f. Ellinger anthrop. Mom. S. 50 f. Berner Imput. S. 122 f. Rossi II. c. 20. Mittermaier im N. Arch. XII. 1—52. Fälle f. N. Arch. II. 421—433. Feuerbach Aktenm. Darst. II. 667 f.

5) Breidenbach I. 1. S. 505. Berner S. 129. Luden Hdb. I. 281. n. 3. vgl. Hufnagel I. S. 209. 210. III. 129. StrafGB. S. 94. n. 8. Kleinschrod I. §. 107. a. E., bes. aber Feuerbach aktenm. Darst. II. 687—695.

6) s. bes. Mittermaier im N. Arch. XII. 23—25. 41—43. Kleinschrod I. §. 109. Böhmer med. ad art. 179. §. 9. u. obs. 1. ad Carpz. qu. 146. Clarus §. fin. qu. 60. nr. 11. (mit Unrecht meint aber Mitterm. a. a.

die Anm. 1 angef. Wirkung zuschreibt, wofür freilich kein unmittelbares Analogon eines „gerechten Rausches" angeführt werden kann). Erreicht nun eine solche unverschuldete Trunkenheit nicht den vorhin bezeichneten äußersten Grad (der Aufhebung des inneren Zusammenhangs des Bewußtseins), so bleibt immer noch die Handlung eines Zurechnungsfähigen übrig, wiewohl hier die Strafe gemildert werden muß [1]). War es aber soweit gediehen, so ist unbedingte Zurechnungsunfähigkeit anzunehmen [2]). Anders, wenn die Trunkenheit als verschuldet (vorsätzlich oder fahrläßig herbeigeführt) anzusehen ist. Handelt es sich hier nicht von jenem höchsten Grade, so entscheidet sich die Frage einfach nach den allgemeinen Grundsätzen über dolus und culpa (s. u.). Trat dagegen jener äußerste Grad ein, so ist allerdings wieder an der kulposen Verantwortlichkeit bei fahrläßig herbeigeführter Trunkenheit nicht zu zweifeln [3]). Hatte sich aber der Thäter absichtlich betrunken, um im Rausche ein Verbrechen zu begehen, und begeht es nun in jenem Stadium, so kann hier bei dem aufgehobenen Bewußtsein in der Ausführung kein Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Beschlusse (des Verbrechens selbst und der Berauschung), mithin in keinem Fall dolus angenommen werden, wogegen an einer groben culpa nicht zu zweifeln ist [4]). — Den Quellen

O. S. 8. 9., diese Ansicht des Clar. sei zur comm. opin. geworden). Ebenso fast alle Neueren. s. Feuerbach §. 90. n. 9. Grolman §. 54. Henke I. 322. 323. Wächter I. §. 72. Stübel Grunds. §. 153. n. f. Martin §. 39. Bauer §. 128. Abegg S. 144. Heffter §. 53. n. 10. Marezoll S. 97. 98. Anders sprach sich meist die frühere Theorie aus, welche die Trunkenheit überall als verschuldet annahm. s. bes. Damhouder c. 84. nr. 15—21. Farinac. qu. 93. nr. 1. sq. Gail II. obs. 110 nr. 24. sq. Tiraqu. de poen. temp. csa. 6. nr. 1 sq. Carpzov. qu. 146. mit seinem Apparat. Matth. Proleg. c. 2. nr. 14. Leyser sp. 597. med. 12., unter den Neueren bes. Jarcke I. 173—176. vgl. Filangieri IV. c. 13. Wieder Andre dagegen fragen bei dem höchsten Grade der Trunkenheit nicht weiter, ob sie verschuldet sei oder nicht, sondern nehmen unbedingt Unzurechnungsfähigkeit an; s. Tittmann I. §. 87. Schröter S. 159. 160. Friedreich Hdb. S. 436. — s. übr. auch noch Schaffrath Allg. Thatbest. S. 328 f. Elvers prakt. Arb. S. 346 ff.

1) Kleinschrod a. a. O. §. 108—111 (der aber wunderliche Unterscheidungen nach dem Temperament macht). Henke I. 323. vgl. Theres. art. 11. §. 5. nr. 1. (ganz treffend).

2) Diese Ansicht wurde in Deutschland erst seit Böhmer allgemeiner. Früher wirkte ihr die durch das kanon. Recht bes. genährte Ansicht entgegen, daß es an sich selbst ein Delikt sei sich zu betrinken. s. auch Fichte Nat.R. II. 106. Escher Vier Abh. S. 210. 218—223. vgl. einige strengen Gesetzgebungen bei Mitterm. a. a. O. S. 9 — 12. vgl. noch bes. Feuerbach Krit. d. Kleinsch. Entw. II. 92. 93.

3) Aus Unklarheit über das Wesen der culpa sprechen hier einige bloß von einer Polizeistrafe; v. Soden Geist d. peinl. Gesetzgeb. I. §. 25. Quistorp §. 42. Kleinschrod I. §. 109. a. E. und selbst noch Marezoll S. 98. n. 3. u. Luden Hdb. I. 284. n. 6., der sich jedoch mit Unrecht auf Mitterm. a. a. O. S. 20. beruft.

4) Aeltere begnügten sich hier nicht einmal mit der Annahme eines dolosen Verbrechens, sondern fügten noch einen Schärfungsgrund hinzu. Bajard. ad Clar. l. c. n. 39-42. Menoch. II. cas. 326. Gail II. obs. 110. n. 27. sq. Carpzov qu. 146. nr. 30. 46. Andre sind wenigstens für die Annahme eines vollen dolosen Verbrechens, Damhouder c. 84. nr. 16., Matth. l. c., selbst Böhmer med. ad art. 179. nr. 10., ad Carpz. qu. 146. obs. 3. — um so auffallender, da Alle den höchsten Grad der Trunkenheit als einen Zustand der Bewußtlosigkeit schildern. s. auch

des gemeinen Rechts sind jedoch diese Unterscheidungen meist ganz fremd. Namentlich unterscheidet das römische Recht weder zwischen verschuldeter und unverschuldeter, noch zwischen verschiedenen Graden der Trunkenheit, es führt dieselbe nirgends als Grund der Unzurechnungsfähigkeit, sondern immer nur als Grund der Strafmilderung an [1]). Ob die allgemeinen Ausdrücke der P.G.O. Art. 150. §. 1, 179 auf die Trunkenheit mit zu beziehen seien, ist sehr zweifelhaft [2]). Dagegen erklärt allerdings das kanon. Recht den im höchsten Grade Betrunkenen hinsichtlich des begangenen Verbrechens für unzurechnungsfähig, dagegen für straffällig wegen der Trunkenheit selbst [3]), welchen letzteren Gesichtspunkt denn auch die Reichspolizeigesetzgebung aufgefaßt hat [4]). Dagegen treten nun die Gesichtspunkte des Unverschuldetseins und der Sinnen- und Verstandesverwirrung beim höchsten Grade in allen neueren Gesetzgebungen hervor [5]), wobei nur freilich mehrfach im Einzelnen die richtige Anwendung der Grundsätze von dolus und culpa zu vermissen ist [6]), wie namentlich bei dem Fall, wenn man sich absichtlich berauscht, um im Rausch ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, und dasselbe nun im höchsten Grade des Rauschs wirklich begeht [7]).

Heisler de just. poen. mitig. causis §. 27. Biermann de eo quod justum est c. ebrium §. 21. u. noch Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 80 f. Oersted Grundreg. S. 244 f. Henke I. 323 f. Martin §. 38. Marezoll S. 98. Mittermaier a. a. O. S. 39—41. — s. dag. Kleinschrod I. §. 110. Stelzer üb. d. Willen S. 312. Schnitzer S. 305. 309. Berner S. 131. — Zu weit geht Luden Hdb. I. 285. n. 8., der hier auch culpa ausgeschlossen haben will; s. auch v. Savigny bei Beseler S. 181. not. p. cit. — A. M. ist jetzt Berner Theilnahme S. 158. 159. s. dag. bes. Goldtammer I. 408—410 u. neue sächs. Mot. z. Art. 83.

1) L. 11. §. 2. D. de poen. (48. 19). l. 12 D. de cust. reor. (48. 3). l. 6 §. 7 D. de R. M. (49. 16). l. un. C. si quis imper. maled. (9. 7). vgl. Niccolini quist. di diritto. I. 250 sq.

2) Dafür Wächter I. S. 118. Dag. Jarcke I. 173. Als Mild.grund erscheint die Trunkenheit in der Satzung von d. Gotteslässt. 1495.

3) Caus. XV. qu. 1. can. 7. 9.

4) RA. 1495. §. 38. 39; — 1498. §. 47, — 1500. Tit. 29, — 1512. Tit. 4. §. 5; — R.Pol.O. 1530. Tit. 8. §. 1. 2.; — 1548. Tit. 8. §. 1—3; — 1577. Tit. 8. §. 1—4. vgl. auch franz. Ord. v. Aug. 1536. Oestr. GB. §. 236. 523.

5) s. schon die Theres. Art. 11. §. 5. Cod. Max. I. 1. §. 19. Preuß. LR. II. 20. §. 22. (vgl. Jarcke in Hitzigs Zeitschr. H. 5. S. 143). Oestr. GB. §. 2. vgl. Jenull I. 138. 139. Bair. Art. 121. Sächs. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 84, 9. Braunschw. §. 30. Hess. Art. 37. Bad. §. 75. 76. Thüring. Art. 62. Anders der Code pén. s. übr. Hélie II. 233 sq. Thémis (1819) I. p. 101 sq. Rossi l. c. Sellyer traité I. 138 sq. vgl. Strafgb. f. Georgia I. Sct. 9. üb. England Mitterm. a. a. O. S. 11 ob.

6) Die Theres. und der Cod. Max. lassen z. B. die ord. Strafe auch dann eintreten, wenn der Thäter sich nicht absichtlich behufs der Begehung des Verbrechens betrunken, sondern nur „sonsten das Vollsaufen in Uebung gehabt" hat. (s. schon Bart. ad l. 38 ad l. Jul. de adult. Matth. l. c. Carpzov qu. 146. nr. 46 und Ang. Aret. ib. cit. ɩc.). Dagegen wurde z. B. in Sachsen die Verantwortlichkeit wegen culpa ausdrücklich verworfen. Weiß S. 292. vgl. Schüler Beitr. S. 56 f. Ebenso bair. Entw. Art. 56. und neuer sächs. Art. 83. 84.

7) Hier wirkt ein alter theoretischer Irrthum noch immer nach. s. Theres. u. C. Maxim. a. a. O., preuß. LR., östr. GB. a. a. O., um so erklärlicher, da noch Feuerbach a. a. O. diesem Irrthum Vorschub that (nur dann nahm er bloß

3) Wie der Affekt der absoluten Zurechnungsunfähigkeit am fernsten steht, so stehen ihr die Schlafzustände (Schlaftrunkenheit, Traum, Nachtwandeln) am nächsten [1]). Während nämlich allerdings die Vernunft ein stets bereites Präservativ gegen den Affekt und in der Regel auch gegen die Trunkenheit ist, so ist sie es nicht ebenso gegen den Schlaf und die damit zusammenhängenden Trübungen des Bewußtseins, denen Fieberdelirien gleichzustellen sind. Gleichwohl sind auch diese Zustände keine absoluten Gründe der Unzurechnungsfähigkeit, wenigstens nicht der einfache Schlaf und das Nachtwandeln. Allein auch hier darf betr. Falls, eben wie beim höchsten Grade der Trunkenheit, nie dolus, sondern nur culpa angenommen werden [2]). Das positive gem. Recht ist über diesen Punkt sehr dürftig. Nur das kanon. Recht spricht einerseits die Unzurechnungsfähigkeit der Schlafenden, andererseits die Möglichkeit ihrer kulposen Verantwortlichkeit aus [3]). Dagegen findet derselbe in den neuen Gesetzgebungen meist seine genügende Erledigung (freilich zum Theil unter derselben Modifikation, die Anm. 2 a. E. angef. wurde [4]). — An das in Anm. 2. u. 3. Erörterte schließt sich nun der Begriff der actiones liberae in causa s. ad libertatem relatae, worunter an sich unzurechenbare, aber mittelbar doch wieder auf Freiheit (dol. od. culpa) gegründete Handlungen verstanden werden [5]). Das positive gem. Recht macht davon in Beziehung auf Zurechnungsfähigkeit nur bei Gelegenheit des

---

culpa an, wenn der Thäter im Rausch ein anderes, als das vorher beschlossene Verbrechen begangen habe; s. auch Stübel Anh. z. Mitterm. üb. d. neust. Zustand. S. 40. Mittermaier a. a. O. S. 39—41. Hye S. 170—173. s. ferner Bair. GB. Art. 40. Sächs. Art. 67. Wirt. Art. 97. (vgl. Hufn. I. 209. 210). Hannöv. Art. 84, 9. (ungeschickt gefaßt. s. Leonhardt I. 367—369). Hess. Art. 38. (vgl. Breidenb. I. 1. S. 511—522). Bad. §. 76. Thüring. Art. 62. s. dag. Goldtammer a. a. O.

1) Thomasius D. de jure c. somnum et somnia. cap. V. Alberti de imputativ. somnii. Fricke de noctambulis. Kalt de noctamb. 1830. Damhouder c. 84. nr. 9—14. Farinacius qu. 98. nr. 63. Menoch. II. c. 327. Tiraquell. de poen. temp. caus. 5. Matth. Proleg. c. 2. nr. 13. Böhmer med. art. 179. §. 7. Kleinschrod I. §. 98—100. A. Henke Lb. d. ger. Mediz. §. 278—281. Hoffbauer Psychol. §. 152 f. Heinroth Syst. d. psych. ger. Mediz. §. 58. Weber psychol. Anthropol. S. 404 ff. Schulze psychol. Anthrop. S. 595 f. Friedreich Hdb. S. 805 f. Berner Imput. S. 144—152. Fälle: Klein Annal. VIII. 9 ff. (Meister Urth. und Gutachten I. 1 f.). Klien de arb. jud. in sent. crim. ferenda (1822). Demmes Annal. XX. 1 ff.

2) A. M. sind freilich auch hier manche Aeltere und Neuere, s. z. B. Menoch. l. c. Covarruvias ad Clem. un. de homic. P. III. n. 6 sq. Fricke l. c. §. 16. nr. 3. Breidenbach I. 1. S. 517—519. Leonhardt I. 367. 368. (s. übr. das ad c.) Angef.) — vgl. dagegen Clar. §. fin. qu. 60. nr. 12. Damhouder l. c. und Bartol. ib. cit. nr. 13. 14. Matth., Böhmer l. c. Wieland Geist d. peinl. Ges. §. 285—288 (?). Kleinschrod I. §. 99. 100. Hélie II. 230—233 (sehr gut). Henke I. 322.

3) Clem. un. de homicid. (V. 4.). c. 3 X. de his qui fil. occid. (V. 10).

4) Theres. Art. 11. §. 9. nr. 1 (ganz richtig). Indirekt Preuß. LR. II. 20. §. 22. Oestr. GB. §. 2. (Jenull I. 139. 140), Bair. Art. 121. Sächs. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hann. Art. 84, 9. Braunschw. §. 30. Bad. §. 75. 76. Thüring. Art. 62. Ausdrücklich Hess. Art. 37. 38. vgl. Goldtammer I. 407. z. 351 (?)

5) Gegen die Anwendung dieses Begriffs in der Sphäre der Zurechnungsfähigkeit erklärt sich — auf verschrobene Weise — Luden Hdb. I. 280—286. s. dag. N. Rev. S 180—192.

Schlafs Gebrauch (andre Anwendungen s. u. bei Gewalt und Irrthum). Dagegen hat die Doktrin mit Recht auch hier schon frühe den Gedanken zu verallgemeinern gesucht, nur nicht stets in den richtigen Grenzen. Richtig ist nämlich so viel, daß im Allgemeinen alle unter 1—3 genannten Gründe der Zurechnungsunfähigkeit dies nur in relativer Weise sind, und daß mittelbar eine Verantwortlichkeit wegen dolus oder culpa stattfinden kann[1]). Unrichtig ist es aber, wenn die Verantwortlichkeit wegen dolus ohne Unterschied überall da angenommen wird, wo Jemand, um ein Verbrechen zu begehen, absichtlich einen solchen Zustand herbeigeführt hat[2]). Vielmehr kommt es in einem solchen Fall wesentlich darauf an, ob der absichtlich herbeigeführte Zustand wirklich bis zur Unzurechnungsfähigkeit gestiegen ist oder nicht. Nur im letzteren Fall ist die That als dolos anzurechnen, nicht aber im ersteren (d. h. nie beim höchsten Grade der Trunkenheit und bei den Schlafzuständen), weil hier die That selbst nicht als Wirkung auf die vorher gefaßte Absicht unmittelbar bezogen werden kann[3]).

4) Schon bei einigen der bisher genannten Affektionen treten häufig Uebergänge zu wirklichen Krankheiten des Geistes ein, namentlich beim Affekte und bei der Trunkenheit. Beim Zorne nämlich kommt die sog. excandescentia furibunda in Betracht, die in wahre iracundia morbosa ausarten kann[4]). Was dagegen die Fälle der sog. Trunkfälligkeit betrifft[5]), so darf man die inhumanitas und die dipsomania ebriosa als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit nicht gelten lassen, da nicht nachgewiesen werden kann[6]), daß bei den betr. Subjekten das Selbstbewußtsein und das Bewußtsein der Außenwelt fehle und ihre Thätigkeit durch Naturnothwendigkeit bestimmt sei. Auch die sog. Halluzinationen[7]) heben

---

1) Dies ist die Meinung der meisten Aelteren. Formulirt wurde sie (freilich nicht ganz konsequent) bes. von Kleinschrod I. §. 17. 64, der von Grolman, Wächter u. A. mit Unrecht der gänzlichen Ausschließung der dolosen Verantwortlichkeit beschuldigt wird. s. auch Abegg S. 144. nr. 3. Martin §. 37. Schröter S. 163. 164.

2) s. bes. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 80 f. Grolman §. 51. not. b. Oersted Grundregeln S. 147 f. Wächter I. §. 74. Heffter §. 72. Marezoll S. 98. Schulze Leitfaden d. Entw. d. Prinz. d. bürgerl. u. peinl. R. S. 363 ff. Breidenbach I. 1. S. 516—519. und die neuen Strafgesetzgebungen, jedoch diese meist nur hins. der Trunkenheit, während das hess. GB. Art. 38 auch den Schlaf nennt.

3) Bei den Schlafzuständen erkennen dieß auch solche an, die beim höchsten Grad der Trunkenheit den dolus passiren lassen. vgl. z. B. Böhmer med. ad art. 179. §. 7. (9. 10). Henke I. 322. Jenull I. 139. 140. Jarcke I. 164.

4) A. Henke Lb. §. 274. Friedreich Handb. S. 826 f.

5) Clarus Beitr. z. Erk. zweifelh. Seelenzust. S. 118 f. Schnitzer Zurechn. fähigkeit S. 310 f. Friedreich Hdb. S. 440 f. Ideler Uebers. v. Marc. II. 436 f. Berner Imput. S. 131—144.

6) Mittermaier im N. Arch. XII. 43 f. (der aber S. 46 ob. viel zu weit geht). vgl. Brühl-Cramer üb. d. Trunksucht. Vogel Beitr. z. Lehre v. d. Zurechnungsfähigkeit S. 171. A. Henke Abh. IV. 253 f. Esquirol Uebers. von Hoffbauer méd. légale p. 240. Heinroth Syst. d. psych. ger. Med. S. 263. Friedreich Hdb. S. 780.

7) Clarus a. a. O. S. 134 f. Jarcke d. Lehre v. d. Aufhebung d. Zur. durch unfreie Gemüthszust. S. 81 f. vgl. Hagen d. Sinnestäusch. in Bez. auf Psychol. Esquirol des illus. chez les aliénés. Horn Arch. f. mediz. Erfahr. 1825. Mai. S. 30 f. Ideler a. a. O. I. 126. II. 444. 465. Schnitzer S. 321. Friedreich ger. ärztl. Prax. S. 392 f.

an sich die Zurechnungsfähigkeit nicht auf, weil durch diese einzelnen irrigen Wahrnehmungen und von außen vorgespiegelten Bilder die Seele in ihrem Vermögen, alle übrigen Vorstellungen in sich aufzunehmen und wirksam zu machen, mithin nach Maßgabe derselben vernünftig zu urtheilen, nicht gehindert wird. Eine absolute Bestimmung läßt sich jedoch hierüber nicht geben, weil es sich hier um Vorboten oder erste Symptome einer wirklichen Geisteskrankheit handeln kann [1]). Von selbst versteht sich dagegen, daß durch die vesania ebriosa und das delirium tremens die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben wird, da diese Zustände nicht mehr bloß den Uebergang zu wirklichen Geisteskrankheiten bilden, sondern solche schon selbst sind [2]). Aus dem eben Angef. ergiebt sich aber, daß Uebergangszustände vorkommen, für welche keine absolute Regel aufgestellt werden kann. Ueberhaupt liegt es in dem subjektiven Wesen der Gründe der Zurechnungsunfähigkeit, daß ihnen die Möglichkeit der Annäherung zur Freiheit eigen ist und daß es daher eine Reihe sogen. zweifelhafter Seelenzustände giebt, welche auf der Grenze zwischen Freiheit und Unfreiheit zu stehen scheinen [3]). Nach §. 44 nun ist der Geist seinem Wesen nach die Macht über seine Natur. Wenngleich er aber seiner Freiheit durch die Macht der Natur wieder beraubt werden kann, so ist doch diese Beraubung nicht als eine Vernichtung, sondern nur als eine Wiederherabsetzung der Wirklichkeit zur bloßen Möglichkeit zu betrachten, und selbst dies ist als eine Ausnahme anzusehen, welche streng bewiesen werden muß. Dieser Beweis wird aber keineswegs schon durch das Aufzeigen physikalischer Erscheinungen als Möglichkeiten von Seelenstörungen, sondern nur durch den Nachweis einer wirklich eingetretenen psychischen Krankheit hergestellt. Gleichwohl giebt es noch immer Schriftsteller, welche in letzterer Hinsicht eine gefährliche Nachsicht zeigen, und Epilepsie, Entwicklungskrankheiten, Schwangerschaft, Ge-

1) Mittermaier a. a. O. S. 49. Rüppell ärztl. Beitr. z. d. Ramkeschen Proz. S. 243—248. Berner S. 140—142. Jarcke a. a. O. Fall bei Klein Annal. XVI. 185 f. Eine andere Frage ist, ob durch dergl. Halluzinationen zwar nicht die Zur.fähigkeit, aber im einzelnen Fall (wegen fakt. Irrthums) die Zurechnung aufgehoben werden kann, welche Frage natürlich zu bejahen ist. Zu schroff ist Heffter §. 52. n. 1.

2) Clarus a. a. O. S. 139 f. Henke Abh. IV. 277 f. Vogel Beitr. S. 173 f. Heinroth System S. 263 f. Wendt d. Selbstbew. ꝛc. S. 38 f. Schnitzer S. 325 f. Barkhausen Betr. üb. d. Säuferwahnsinn (1828). Valentin de delir. trem. (1847). Weitere Liter. bei Kappler S. 334—338 und bes. d. Friedreich ib. cit.

3) N. Rev. §. 81. 82. vgl. die Liter. S. 129. not. 3. f. außerdem Arnold Natur d. Wahnsinns. 1784. Hoffbauer Unters. über die Krankheiten der Seele. 1802. 3. Platner Unters. üb. einige Hauptkap. d. ger. Arznei-Wiss. 1820. Neumann d. Krankheit d. Vorstell.verm. 1822. Mittermaier Disqu. de alienat. mentis ꝛc. 1825. Clarus die Zur.fähigkeit d. Mörders Woyczek. Heinroth de facin. aperto ad medic. jud. non defer. 1830. Regnault das ger. Urth. d. Aerzte über zweifelh. Zustände. 1830. Grohmann im N. Arch. IX. 195 f. Mittermaier eb. 1835. S. 93 f. Foderé sur les div. esp. de folie. Orfila traité de méd. lég. V. III. Blumröder üb. d. Irresein. 1836. Möller Beitr. z. Erf. d. psych. Krankh. 1837. Ritgen Leitf. f. d. Erk. d. Persönl.krankh. 1837. Jakobi Hauptformen der Seelenstör. 1844. Griesinger Pathol. und Therapie d. psych. Krankheit. 1845. Rossi II. c. 17. Bisini in d. östr. Zeitschr. 1834. H. 1. S. 40 f. Berner Imput. S. 73—97. f. überhaupt noch Kappler S. 318—327.

bären, Kindbett, Heimweh ꝛc.[1]) ohne Weiteres als Ursachen der Unfreiheit gelten lassen. Noch mehr vom Uebel sind aber die noch heutigentags aus der Theorie des Strafrechts nicht gebührend ausgestoßenen Lehren von dem verborgenen Wahnsinn (amentia occulta)[2]), den unwiderstehlichen Trieben und der mania sine delirio[3]). Man muß darauf bestehen, daß stets abgesehen von den vermeintlich allmächtigen Trieben bestimmte körperliche oder psychische Ursachen aufzuzeigen sind, welche im fraglichen Falle die Aufhebung der denkenden Allgemeinheit und die Unmöglichkeit des Widerstands gegen den Naturtrieb begründet haben[4]). Läßt sich dieser Beweis liefern, so ist furor transitorius anzunehmen (resp. periodischer oder

---

1) Epilepsie: Platner Unters. S. 69 f. Göbel D. de catalepsi. 1818. Henke Abh. IV. nr. 1. Portal Beob. üb. d. Natur d. Epil., übers. v. Hille. N. Arch. V. 341. XI. 480 f. Clarus Beitr. S. 96—110. Fall b. Feuerbach Aktenm. Darst. I. S. 264 f.; vgl. Kappler S. 338—340. Entwicklungskrankheiten: Henke Abh. III. 189 f. Osiander üb. d. Entw.krankh. in den Blüthenjahren d. weibl. Geschl. Fall in Hufelands und Harles Journal 1816. II. 3. S. 75. u. die Fälle der sog. Pyromanie b. Kappl. S. 331—334. Schwangerschaft: Hoffbauer im N. Arch. I. 602 f. Henke Abh. III. 235 f. Jörg die Zur.fähigkeit der Schwangeren und Gebärenden. 1837. Fälle in Gönner und Schmidtlein Jahrb. II. 324 f. Friedreichs Mag. I. 41 f. — Gebären und Kindbett: Reinfelder über den Wahnsinn der Kindbetterinnen. Jackert de mania puerp. 1821. Oosterloo de man. puerp. 1822. Platner Unters. S. 403 f. Henke Abh. IV. nr. 3. Fälle b. Kappl. S. 357—359. Heimweh: Guerbois essai sur la nostalgie. Castelnau Consid. sur la nost. Therrin essai s. la nost. Zangerl üb. d. Heimweh. Fälle b. Klein Annal. VII. 37 ff. Hitzig Ann. VII. 54 f. Periode des Monatsflusses: berühmter Fall in Hitzig Zeitschr. VI. 237 f. Nymphomanie u. Satyriasis: A. Henke Lb. §. 286. Esquirol maladies ment. I. 332. 347. — vgl. E. Henke I. §. 51. Mittermaier im N. Arch. IV. 413—420. — s. dag. bes. Feuerbach §. 90. n. 6. Jarcke I. 165—169. Wächter I. §. 69. Bauer Anmerk. I. 535. not. b. Marezoll S. 95. n. 4.).

2) Platner Unters. S. 15 f. Burkard de insania occ. 1831. Heinroth System ꝛc. §. 64. Weber psych. Anthrop. S. 500 f. Clarus die Zur.fähigkeit d. Woyzeck. S. 43 f. Hudtw. und Trummer krim. Beitr. II. 447 f. Mittermaier im N. Arch. 1835. S. 99—101. s. übr. auch Friedreich Hdb. S. 582 f.

3) Ueber Brandstiftungstrieb u. dgl. s. Henke Abh. III. 211 f. Friedreich Hdb. S. 409 f. vgl. Flemming in Horns Arch. 1830. S. 256 f. Meyn in Henke Zeitschr. 14. Erg.heft. Vogel Beitr. S. 155—163. Fälle b. Klein Annal. Bd. 7. 12—14. 16. 20 und b. Kappl. S. 330—334. — Esquirol Note sur la monomanie homicide. Brière de Boismont Obs. sur la monom. homicide. Regnault nouv. réfl. sur la monom. homic. Hélie II. 217 sq. (hier wird auch der partielle Wahnsinn unter der Monomanie mit begriffen). Friedreich Hdb. S. 555 f. Ellinger S. 154 f. Mittermaier z. F. §. 90. a. n. 66 (verwirft die Monomanie). — Ueber man. s. delirio: Pinel Abh. üb. Geistesverwirrung, übers. v. Wagner. Reil üb. d. Erkenntniß u. Kur der Fieber. S. 387 f. Conradi Comm. de mania sine delirio. Groos die Lehre v. d. mania s. del. Friedreich Hdb. S. 542 f. Chelius De alienat. volunt. Mittermaier de alien. mentis.: ders. im N. Arch. 1835. S. 101—108. und §. 90 a. not. 68 f. vgl. Esquirol d. Geisteskrankh. übers. von Bernhard II. 52 f. und bes. Henke Abh. II. 341 f. V. 233 f. Jessen in Horns Arch. 1831 (Nov. Dez. S. 1932 f.).

4) N. Rev. S. 160—166. (der Vorwurf von Mitterm. §. 90. a. not. 71 ist ungerecht und oberflächlich). Berner Imput. S. 73—88. 92—97. Hélie II. 224. Feuerbach §. 90. n. 6. (was Mitterm. not. 73 aus Feuerbachs hinterlassenem Entw. anführt, spricht gerade für die ob. ausgef. Ansicht). Heffter §. 57. n. 2. Jarcke üb. d. Zurechnung und die Aufhebung ders. durch unfreie Zustände.

intermittirender Wahnsinn [1]). Die Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen körperlichen Ursachen und Seelenstörungen kann allerdings nicht geläugnet werden, da die Seele eben nur die immanente Einheit der körperlichen Organe ist. Die Aufgabe, diejenigen Krankheitserscheinungen nachzuweisen, welche als Ursachen bleibender oder vorübergehender Geistesstörungen vorkommen, und den Kausalzusammenhang im einzelnen Fall zu beweisen, gehört der Medizin. Die Justiz aber hat das Recht, diesen Beweis in vollkommener Evidenz zu verlangen. Daß solchenfalls nach allen neueren Gesetzgebungen [2]) keine Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sei, unterliegt keinem Zweifel.

§. 53.

B) In dauernder Weise. Dahin gehören die Geisteskrankheiten, deren genauere Feststellung und Eintheilung noch immer von der psychischen Heilkunde zu erwarten ist [3]). Auf dem Boden der Erfahrung, wie sie derzeit als sicher zu betrachten ist, läßt sich dabei bemerken: 1) daß einzelne Formen dieser Krankheiten Stufen haben, welche nicht die ganze Zurechnungsfähigkeit aufheben, z. B. Blödsinn [4]), 2) daß dieselben zum Theil nur eine partielle Störung des Bewußtseins mit sich führen, 3) daß sie zum Theil nur periodisch auftreten und lichte Zwischenräume übrig lassen, also (zu 2 und 3) nur als relative Gründe der Unzurechnungsfähigkeit erscheinen. Gleichwohl wird die partielle und relative Zurechnungsfähigkeit, welche in diesen Fällen übrig bleibt, nur gleich der auch bei Unmündigen vorhandenen zu behandeln, d. h. das im Allgemeinen kranke Subjekt nicht der vindikativen, sondern der erziehenden (korrektiven) Strafgerechtigkeit zu überlassen sein. N. Rev. §. 85 [5]).

---

1) s. bes. Henke Abh. a. a. O. vgl. Friedreich Hdb. S. 591 ff. Breidenbach I. 1. S. 508—511.

2) Sie drücken sich freilich oft sehr allgemein, wenn auch unter Anführung von Beispielen aus, — so Preuß. LR. II. 20. §. 16. vgl. übr. I. 1. §. 27—29. Preuß. GB. §. 40. Braunschw. §. 30. vgl. Oestr. GB. §. 2. Bair. Art. 120. Wirt. Art. 97. Hannövr. Art. 83. Hess. Art. 37. Bad. §. 71. 75, und Sächs. Art. 67. Thüring. Art. 62. Code pén. art. 64. Kurhess. Entw. §. 62. Bair. Art. 56. Sächs. Art. 83. Die Annahme unwiderstehlicher Triebe, einer amentia occ. und einer mania sine delirio ist in den Wirtemb. Motiven abgewiesen. s. Hufnagel III. 129. 130; die mania s. del. wurde ausdrücklich verworfen in Hessen. s. Breidenbach a. a. O. vgl. Goldtammer I. 407. (s. überh. 349. 350. 355. 403—406). Ueber die Fragestellung an die Geschworenen s. Carnot II. 203. Hélie II. 245 sq. Legraverend I. c. 12. §. 1. vgl. mit Mittermaier im N. Arch. 1851. S. 611—624.

3) vgl. die richtige Bemerk. bei Wächter I. §. 70. n. 32. und A. Henke ib. cit.

4) Heinroth System S. 206—214. Orfila leçons de méd. lég. II. p. 48 f. Mittermaier §. 90 a. z. F. n. 26—30. Hélie II. 211—214.

5) s. die Liter. S. 129. not. 3. und S. 148. not. 3., außerdem noch Ideler Grundr. d. Seelenheilkunde. Rosenkranz Psychologie. Lindemann d. Lehre vom Menschen II. 481 f. Reil Rhapsod. z. Anwendung psych. Kurmethoden. Casper Denkwürdigk. z. mediz. Statistik. Friedreich im N. Arch. XIV. 258 f.

1) Im gemeinen Recht finden sich keine irgend genaueren Unterscheidungen verschiedener Formen der Geisteskrankheiten [1]). Namentlich lassen sich die römischen Bezeichnungen: furiosi, dementes, mente capti [2]) nicht als technische Ausdrücke für bestimmte verschiedene Krankheitsformen ansehen [3]). Unzweifelhaft ist jedenfalls die Unzurechnungsfähigkeit geisteskranker Personen im Ganzen nach gemeinem Recht, jedenfalls schon nach dem Rechte des MA's [4]), wo freilich an eine tiefere und genauere Einsicht in das Wesen der Geisteskrankheit nicht gedacht werden kann [5]). Die Auffassung derselben als eines Erzeugnisses der Sünde, welche sich theilweise im kanon. Rechte findet, scheint jedenfalls im weltlichen Rechte nur wenig Wurzel gefaßt zu haben [6]). Die P.G.O verweist wiederholt auf den Rath der Rechtsverständigen, mittelbar also auf das röm. Recht. In diesem aber steht die Unzurechnungsfähigkeit der Geisteskranken fest [7]); nur bei periodischer Seelenstörung nimmt das röm. Recht völlig lichte Zwischenräume als möglich und betr. Falls volle Zurechnungsfähigkeit an [8]). — Das Prinzip der Unverantwortlichkeit für die fraglichen Fälle erhielt sich denn auch in der Doktrin und Praxis [9]). Aber freilich fehlte es bis zum Ende des vor. Jahrh. sehr an einer rationellen Durchführung desselben, da die Einsicht in das Wesen der Geisteskrankheiten noch immer sehr mangelhaft war. Man ließ sich nach Vorgang des röm. Rechts besonders auf den periodischen Wahnsinn und die Frage nach den lichten Zwischenräumen ein, machte aber grobe Mißgriffe. Namentlich begnügte man sich nicht, von Stufen des Blödsinns zu reden, sondern nahm überhaupt einen Mittelzustand zwischen insania und sanitas mentis an [10]), wozu man oft Fälle der entschiedensten Unzurechnungsfähigkeit zählte [11]); aber auch, wo man das nicht that, zog

---

1) P.G.O. Art. 150. 179.

2) L. 1. pr. l. 6 D. de curat. fur. (27. 10). l. 22. §. 7—10 D. sol. matrim. (24. 3). l. 8 D. de his qui sui v. alieni (1. 6). l. 8. §. 1 D. de tutor. et curator. (26. 5). l. 17. §. 11 D. de injur. (47. 10).

3) A. M. Werner Imput. S. 164. 165. s. bes. Cic. qu. Tusc. III. c. 4. 5.

4) Ueber das german. Recht s. Wilda S. 644—648.

5) Sächs. LR. III. 3. Schwäb. LR. c. 257.

6) s. Regino II. c. 95. Caus. XV. qu. 1. c. 12. vgl. Ed. Roth c. 328. s. aber auch Clem. un. de homic. (V. 4).

7) L. 40 D. de R. J. (50. 17) l. 12. §. 2 D. de judic. (5. 1). vgl. l. 20. §. 4. D. qui testam. fac. (28. 1). l. 2. §. 3. de j. codic. (29. 7). l. 24. §. 1 D. rat. rem. hab. (46. 8). l. 61 D. de adm. tutor. (26. 7). und in spez. Bez. auf Strafrecht: l. 12 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 9. §. 2 D. ad l. Pomp. (48. 9). l. 7. §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 3. §. 1 D. de injur. (47. 10). l. 5. §. 2 D. ad l. Aquil. (9. 2). l. 3. §. 11. D. ad Sct. Silan. (29. 5).

8) l. 14 D. de off. praes. (1. 18). vgl. l. 6 C. de curat. fur. (5. 70). l. 2 C. de contrah. emt. (4. 38).

9) Clarus V. §. fin. qu. 60. n. 7 sq. Farinac. qu. 93. 94. Gomez var. resol. III. 1. nr. 70 sq. Tiraqu. de poen. temp. cs. 2. 3. Gail II. obs. 110. nr. 20 sq. Menoch. praesumt. VI. 45 sq. Damhouder c. 84. nr. 6—8. Matth. prol. c. 2. nr. 5—11. Carpzov qu. 145. Böhmer ad qu. 145. obs. 1. 2. Med. ad art. 179. §. 6 (Praxis b. Carpz. n. 19—21).

10) Menoch. praesumt. VI. 45. nr. 2 sq. Carpz. qu. 145. nr. 4—8. 46—52. Heig II. qu. 38. nr. 32 sq.

11) s. bes. Carpzov l. c. nr. 53 sq. u. Heig l. c. s. dag. Böhmer ad qu. 145. obs. 2. u. ad qu. 18. obs. 7., der sich freilich in eigenthümliche Galanterie gegen die „melancolia uterina“ und das „malum hystericum“ verirrt. Bemerkungswerth ist, daß hier manche rohe und feine Ansichten des Alterthums sporadisch fortge-

man dafür umgekehrt Zustände in die Betrachtung herein, die gar nicht hierher gehören, wie die bloße Dummheit, rusticitas [1]) ꝛc. ꝛc. Dabei machte man noch überdies nach und nach den bis heute noch nicht aus der Theorie verbannten Fehler, von Graden der Zurechnungsfähigkeit zu sprechen [2]) (s. u.). Was dagegen die periodischen Geistesstörungen betrifft, so zeigt sich schon in der älteren Doktrin die Neigung [3]), für die lichten Zwischenräume Unzurechnungsfähigkeit zu präsumiren. Außerdem beschäftigte man sich besonders mit der nicht hierher gehörigen Frage, ob und wie ein Geisteskranker wegen eines vor Eintritt der Krankheit begangenen Verbrechens bestraft werden könne, — sowie mit der Frage, ob den furiosi die prodigi gleichzustellen seien [4]) ?! — Mit Recht haben sich die neuern Gbücher im Hinblick auf die Fluktuationen der medizinischen und psychologischen Theorieen durchgängig bestimmter Klassifikationen der Seelenstörungen enthalten, sondern sich damit begnügt, höchstens einige ganz unzweifelhafte Beispiele namhaft zu machen [5]), die nähere Bestimmung aber der Praxis zu überlassen.

2) Was die im §en ausgehobenen Punkte betrifft, so ist: a) direkt oder indirekt von allen neueren Gesetzgebungen anerkannt, daß wenigstens die eine oder andre Form der Geisteskrankheit (namentlich der Blödsinn) Stufen habe, indem sie entweder als Prinzip für die Unzurechnungsfähigkeit den allgemeinen Satz aufstellen, daß der Thäter der Vernunft (völlig) beraubt gewesen sein müsse [6]),

---

wirkt haben, wie einerseits der Satz sich findet, daß wegen sehr schwerer Delikte auch Wahnsinnige am Leben gestraft werden können, wie das Vieh (um die Spur des Gräuels hinwegzuschaffen) — Gail l. c. n. 22. Rivinius de homic. a furioso comm. 1742. s. dag. Böhmer ad art. 179. §. 6 und Matth. c. 2. nr. 7. (Uebrigens meinte Gail hier wohl nicht den Fall eines im Wahnsinn begangenen Delikts), — andrerseits der Satz, daß der Wahnsinn selbst ein kulposer sein könne. s. Carpzov qu. 145. n. 46. Matth. c. 2. nr. 9. Rohe Praxis b. Carpz. nr. 43—45. 51. 52.

1) Böhmer l. c. Leyser sp. 532. med. 9—11. sp. 599. med. 1. vgl. Stryck de dementia et melancol. (Diss. II. nr. 8). Uebr. ist zu bemerken, daß Böhmer obs. 1. ad qu. 145 schon sehr richtig den Gesichtspunkt der bloß korrektiven Gerechtigkeit bei nicht völlig Blödsinnigen hervorhebt.

2) Carpzov, Böhmer ꝛc. helfen sich noch mit den Kategorieen der culpa oder des infimus doli gradus. Ueber den partiellen Wahnsinn streiten sich noch Kleinschrod und Tittmann.

3) Menoch. praes. VI. 45. nr. 9 2sq. Farinac. qu. 98. n. 8. Carpz. nr. 33—38. Matth. c. 2. nr. 6 und Alciat. ib. cit. Böhmer l. c. Thomasius de praesumt. furoris et dem. Kleinschrod I. §. 105. vgl. übr. Stryck l. c. Leyser sp. 599. m. 3. 4.

4) Clarus qu. 60. n. 7. 10. Farinac. qu. 94. n. 22. 47. s. dag. Matth. Prol. c. 2. nr. 11. Renazzi Elem. I. c. 7. §. 7 und C. Maxim. I. 1. §. 17. Im Uebrigen ist hier auch noch ganze und halbe Verrucktheit unterschieden und letztere nur von der Ordinari-straf befreit. Ob beim lucid. intervallum die ordentliche Strafe eintreten solle, ist nicht bestimmt gesagt, während die Theresiana Art. 11. §. 3 bei periód. Wahnsinn für „den milderen Weg" ausdr. präsumirt. vgl. auch Hélie II. 249—254.

5) s. §. 52. Anm. 4. a. E. vgl. die wenig getreue Klassifikation b. Mittermaier §. 90. a. z. F. not. 50.

6) s. das östr. GB. §. 2. (vgl. Jenull I. 134, Hye S. 166—168). Preuß. LR. II. 20. §. 16. Sächs. GB. Art. 67. Hannövr. Art. 83. Braunschw. §. 30. Thüring. Art. 62.

oder daneben noch ausdrücklich von völligem Blödsinn ꝛc. reden[1]). Geringere Grade von Blödsinn, Verstandesschwäche ꝛc. werden dann in der Regel unter den Strafmilderungs- oder doch wenigstens unter den Strafminderungsgründen aufgeführt[2]). Es fragt sich aber, ob nicht auch in solchen Fällen, wenn es sich von Krankheit handelt, die vindikative Strafgerechtigkeit der erziehenden weichen sollte[3])? b) Hinsichtlich des partiellen Wahnsinns[4]) sind die Ansichten verschieden, indem die einen den Thäter nur für den Fall als zurechnungsunfähig gelten lassen wollen, wenn die That im Kausalzusammenhang mit dem krankhaften Wahne steht[5]), andre dagegen behaupten, daß das Subjekt hier im Ganzen als krankes und darum ohne jenen Unterschied als unzurechnungsfähiges zu betrachten sei[6]). Beiderlei Ansichten sind denn auch wohl relativ richtig. Unbedingt unzurechnungsfähig wird ein solcher Kranker nur in jenem Fall des Kausalzusammenhangs sein; aber, wenn er in andern Fällen auch an sich als zurechnungsfähig erscheinen sollte, so verbietet doch der eigenthümliche Seelenzustand, ein solches Individuum den geistig Gesunden gleichzustellen. Auch hier rechtfertigt sich daher für die betr. Fälle der Eintritt der bloß erziehenden Strafgerechtigkeit[7]). Die neuen Gesetzgebungen sind hierin noch sehr mangelhaft[8]). — c) Ebenso verhält es sich im Wesentlichen mit der Frage über die lichten Zwischenräume. Die Neueren dagegen trennen sich auch hier in entgegengesetzte Meinungen. Die volle Zurechnungsfähigkeit für lichte Zwischenräume hat ihre Ver-

---

1) Bair. GB. Art. 120. Wirt. Art. 97. Hess. Art. 37. Bad. §. 71. 75. Kurhess. Entw. §. 62. Das preuß. GB. §. 40. spricht zwar nur von Wahnsinn u. Blödsinn schlechtweg, kann aber darunter doch nur einen solchen verstehen, wodurch „die freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird." vgl. auch den Code pén. art. 64, der schlechtweg von démence spricht.

2) Oestr. GB. §. 39. Preuß. LR. §. 18. Bair. GB. Art. 93. Sächs. Art. 64 (sehr mangelhaft). Wirt. Art. 98. Hannövr. 94. Braunschw. §. 60. Hess. Art. 114. Bad. §. 153. Thüring. Art. 59. Bair. Entw. Art. 83.

3) N. Rev. S. 175. 675.

4) s. Zachias quaest. med. leg. II. 1. qu. 12—22. Hoffbauer Psychol. S. 125 f. Weber psych. Anthrop. S. 501 f. Heinroth Lb. d. Seelenstör. I. 157. System S. 204. Friedreich Hdb. S. 556 f. Ellinger S. 128 f.

5) Klein Grundſ. §. 133. Kleinschrod I. §. 104. (der aber im andern Fall bloß halbe od. höchstens ⅔ Zurechnung annimmt). Schröter S. 162. Jenull I. 136. 137. Bloß Wahrscheinlichkeit des Kausalzus.hangs verlangt Mittermaier §. 90. a. z. F. vgl. dens. im N. Arch. 1835. S. 95—98, wo auch die andre Ansicht Recht erhält. Hélie II. 221.

6) Heinroth a. a. O. Wächter I. 114. Heffter §. 52. not. 4. Jarcke I. 162. n. 14. Bauer Anmerk. I. 537. vgl. auch schon Tittmann §. 85. Böhmer med. ad art. 179. §. 6. (noch ohne scharfe Begriffe). Henke Hdb. I. 317. (wo die amentia occulta hereingemischt wird). Gans krit. Bel. d. Hann. Entw. I. 218.

7) N. Rev. a. a. O. Berner S. 161.

8) Als Grund der absoluten Unzurechnungsfähigkeit wird der besondere Wahnsinn neben dem allgemeinen im Wirt. u. Hannövr. GB. aufgeführt, — was zuweit geht, — als Strafmilderungsgrund im Thüring. GB. Art. 59. Ausgeschlossen erscheint dagegen diese strafmildernde Eigenschaft nach der Fassung des Oestr., Bair., Braunschw. GBs, indirekt anerkannt im hess. u. bad. GB. (Art. 114., §. 153). Unbestimmt bleibt die Frage nach dem sächs. und preuß. GB.

theidiger[1]). Dagegen wird von Andern die Möglichkeit wirklicher, die Unzurechnungsfähigkeit wiederaufhebender, lichter Zwischenräume entweder geradezu geläugnet oder doch für die äußerste Seltenheit erklärt[2]). Dazwischen bewegen sich verschiedene Mittelmeinungen[3]). Die neuern Gesetzgebungen sprechen meist die Zurechnungsfähigkeit für die fraglichen Fälle aus[4]), lassen aber in der Regel die Aushilfe der Strafmilderung offen[5]). Letzteres kann aber in keinem Falle genügen. Nach den bisher festgestellten Erfahrungen wird man die (seltene) Möglichkeit wirklicher Intermissionen der Krankheit nicht ganz in Abrede stellen können, wohl aber den Fall der bloßen Remission für den gewöhnlichen halten und auch im ersteren den bloß erziehenden Strafzwang fordern müssen[6]).

§. 54.

Daraus, daß die ganze Frage über die Zurechnungsfähigkeit sich auf die Frage reduzirt, ob das Wissen und Wollen des Individuums unter dem Banne einer Naturnothwendigkeit gestanden habe oder nicht, — ergiebt sich, daß nur entweder von Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit, nicht aber von Graden der ersteren die Rede sein kann. Wenn gleich nämlich Zustände relativer Unfreiheit vorkommen, so kann doch eine bestimmte Handlung immer nur entweder frei oder unfrei gewesen sein, und jene Relativität erzeugt nur eine Schwierigkeit des Beweises. N. Rev. §. 82. (S. 158. 159).

Früher sprach man nicht etwa bloß von Graden der Zurechnungsfähigkeit oder Freiheit[7]), sondern von Graden der Zurechnung überhaupt[8]), was aber einfach eine Verwechslung mit den Graden der Strafbarkeit einer zurechenbaren Handlung war. Wenn dagegen auch jetzt noch so häufig Aerzte und Juristen[9])

---

1) Grolman §. 54. not. e. Schröter S. 162. Wächter I. S. 114. Heffter §. 52. n. 5. Heinroth Syst. S. 188. Jarcke I. 162.

2) Thomasius de praesumt. furor. ꝛc. §. 7. 13. 31. Friedreich im N. Arch. XIV. 258 f. (vgl. Hdb. der ger.ärztl. Prax. S. 468 f.). Hélie II. 215—217. Schnitzer S. 244 f. Ellinger S. 167 f.

3) Kleinschrod I. §. 305. Henke Hdb. I. 317. Bauer Anmerk. II. 227. 228. Breidenbach I, 1. S. 503. 504. Jenull I. 137. — Böhmer ad art. 179. §. 6. Wieland Geist d. peinl. Ges. I. §. 280. Mittermaier §. 90. a. z. F. n. 63. 64. Tittmann §. 86.

4) Direkt geschieht dies im Oestr. GB. §. 2. Bair. Art. 120. Braunschw. §. 30. Code pén. art. 64. s. aber dennoch Jenull und Hélie l. c. (bes. gegen Carnot. I. 202). Indirekt im Sächs. Art. 67. Wirt. Art. 97. Hess. Art. 37. (s. aber Breidenb. I. 1. S. 504). Bad. §. 71. Thüring. Art. 62. (vgl. Art. 59). Unbestimmt ist Goldtammer I. 407. 408.

5) Bestimmt sagt dies für dolose Verbrechen in lichten Zwischenräumen das hannövr. GB. Art. 83. vgl. Leonhardt I. 359.

6) N. Rev. a. a. O. s. auch schon Jenull a. a. O.

7) Kleinschrod I. §. 53. Schröter §. 99. 100. s. dag. schon v. Almendingen Imputat. S. 177. Oersted Prüfung d. bair. Entw. S. 222 f.

8) s. bes. Kleinschrod §. 43 f. und im N. Arch. I. 31 ff. Tittmann §. 90. 91. Stübel Syst. d. peinl. R. II. §. 360.

9) s. bes. Mittermaier not. 6. zu F. §. 94. Gönner Mot. z. bair. Entw. S. 172 f. vgl. Stahl Rechtsphilos. II. 76. und selbst Abegg §. 89. Anm. i. A. s. dag. Jarcke I. 125. 130. Berner Imput. S. 36. 37.

von Graden der Zurechnungsfähigkeit und verminderter Zurechnungsfähigkeit sprechen, so hat dies nur in der Rathlosigkeit seinen Grund, worin man sich oft hinsichtlich der Herstellung des Beweises der Freiheit oder der Unfreiheit befindet. Allein jenes juste milieu taugt nichts, da Freiheit und Naturnothwendigkeit sich gegenseitig als Prinzip des Handelns ausschließen. In der Regel ist das, was man als Grund verminderter Zurechnungsfähigkeit geltend macht, nichts anderes, als ein geringerer Schuldgrad [1]) oder ein Strafmilderungsgrund [2]). Es giebt aber auch wirklich zweifelhafte Seelenzustände, namentlich Uebergänge zu Geisteskrankheiten, Intermissionen solcher ꝛc., bei welchen man sich zwar noch Freiheit anzunehmen getraut, zugleich aber es für Unrecht hält, den Thäter einem Geistiggesunden gleichzustellen. Für diese Fälle hilft man sich (s. die vor. §§en) gewöhnlich gleichfalls mit Strafmilderungs- od. Minderungsgründen. Allein richtiger ist es, alle solche Uebergangszustände der korrektiven Strafgerechtigkeit zu überweisen, wozu es freilich noch gar sehr an den nöthigen Anstalten gebricht [3]).

§. 55.

Dem Begriffe und der Würde der menschlichen Natur gemäß ist Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen. Allein dieser moralische Grundsatz darf nicht zu einer rechtlichen Präsumtion erhoben werden, weil der Strafprozeß vermöge des Grundsatzes der materiellen Wahrheit und der Nichtanerkennung von Partheieen im Sinne des Civilprozesses weder von Präsumtionen, noch von einer infolge solcher zu vertheilenden Beweislast etwas wissen kann. N. Rev. S. 144. 145. 330. 331.

Aus dem im §. angegebenen Grunde hat die Doktrin seit der Glosse nicht daran gezweifelt, daß Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen sei [4]), und erst im 19. Jahrh. hat es der Materialismus und eine fade Weichherzigkeit zur Aufstellung des entgegengesetzten Grundsatzes gebracht. Wenn aber die Doktrin aus jener Regel eine wahre Präsumtion machte, so war dies falsch und beruhte auf unrichtigen Vorstellungen über den Beweis im Strafverfahren [5]). Eine eigenthümliche Wendung erhielt diese Präsumtion bei Feuerbach, seit er sie an die Stelle der aufgegebenen praesumtio doli setzte, indem er der Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit die konkretere Präsumtion der Verschuldung unterschob [6]).

---

1) z. B. der Affekt.

2) z. B. die Trunkenheit, Verstandesschwäche, Minderjährigkeit.

3) vgl. Hélie II. 260. Fall in den N. sächs. Jahrb. VII. 200 ff.

4) s. Gomez Var. resol. III. 1. n. 71. Farin. qu. 94. n. 48. Mascard. de probat. II. concl. 824. n. 5. Menoch. de praesumt. I. 18. n. 7. VI. 25. Carpzov qu. 145. n. 27—29. Matth. Proleg. c. 2. nr. 6. — vgl. Grolman §. 55. u. in d. Bibl. f. peinl. RW. I. 2. S. 70 f. Feuerbach §. 86. 87. Wirt. Motive vgl. mit Hufnagel III. 645. Oersted Grundregeln §. 45. Abegg S. 126. u. im N. Arch. XIV. 566 f. bes. neue sächs. Mot. z. Art. 83.

5) s. Kleinschrod I. §. 106. Roßhirt Entw. S. 212 f. — Umgekehrt präsumirte man denn auch für die Fortdauer einmal eingetretener Geisteskrankheit. Carpzov l. c. n. 34. 35. und sein Apparat. Matth. l. c. ꝛc. ꝛc.

6) s. dag. N. Rev. S. 330. 331. Mittermaier Lehre v. Beweise. S. 145 f. und Note 1 z. F. §. 87. (vgl. die verfehlte Kritik bei Morstadt). — Berner Imput.

Ueber den Beweis der Zurechnungsfähigkeit oder Unfähigkeit s. den Strafprozeß [1]).

Dritter Abschnitt.

Die Wirklichkeit der Handlung.

§. 56.

Der Begriff der Handlung ist hiernach: der verwirklichte (freie) Wille eines (zurechnungsfähigen) Subjekts zu sein. Somit erscheint 1) als bewegendes Prinzip der Handlung der Wille, der sich ebendeshalb das Recht zuschreibt, Veränderungen in der Außenwelt als seine Erzeugnisse nur insoweit gelten zu lassen, als sie von ihm gesetzt sind. Dieses Recht findet aber 2) seine Schranke an der Nothwendigkeit der äußerlichen Wirklichkeit der Handlung, der That, welche sich als das Maß für die Verantwortlichkeit des Willens geltend macht, ebendaher aber den Willen als das übergreifende Prinzip anerkennen muß. 3) Als schöpferischer Erzeuger einer Handlung erscheint daher immer ein Subjekt [2]), das dieselbe als die seinige ansprechen darf und verantworten muß. Bei der sekundären Natur der eine unbestimmbare Vielheit von Momenten zulassenden äußeren Seiten der Handlung ist es aber möglich, daß an einer und derselben Handlung Mehrere theilnehmen und je nach dem Maß ihrer Theilnahme auf verschiedene Weise verantwortlich werden können, wenn sie auch nicht selbst als Schöpfer des Ganzen erscheinen [3]).

§. 57.

Nach allen diesen Momenten bestimmt sich nun die Schuld, d. h. das Maß der Verantwortlichkeit eines Zurechnungsfähigen für die durch seine freie Kausalität hervorgebrachten Veränderungen in der Außenwelt. Das Urtheil darüber, ob und in wie weit nach den gedachten Beziehungen in einer solchen Veränderung eine schuldvolle (freie) Handlung vorliege, heißt die Zurechnung. Hieraus ergiebt sich, daß die Unterscheidung zwischen imputatio facti und juris eine werthlose ist, und daß die Begriffe der Zurechnung und der Handlung sich decken. N. Rev. §. 72.

S. 36. Schaffrath Allg. Thatbestand. S. 259. 273. Heffter §. 49. Breidenbach I. 2. S. 52 f. Hepp Versuche nr. 6. Bauer §. 127. not. c.

1) N. Rev. S. 333. vgl. Sitzungsber. der Bair. Strafger. II. 202—210.

2) resp. mehrere Subjekte, wo die Handlung ihrer Natur nach dies voraussetzt, wie beim Duell, Ehebruch u. dgl.

3) Zu weit wurde der Begriff der Handlung in der N. Rev. §. 71—75 genommen, nicht aber zu eng, wie Berner Theilnahme. S. 23 meint.

1) Der einfache Begriff von Zurechnung und Zurechenbarkeit einer Handlung, — im Unterschiede von der Zurechnungsfähigkeit eines Subjekts oder gar von der Strafbarkeit (resp. Straflosigkeit) einer zurechenbaren Handlung — sollte endlich in der Wissenschaft gesichert erscheinen [1]), während diese Begriffe häufig bei den Aelteren und nicht selten noch bei Neueren [2]), wie nicht minder in neueren Gesetzgebungen [3]), mannigfach verworren durcheinanderlaufen.

2) Daß die sog. imputatio facti für die Wissenschaft des Strafrechts keine Bedeutung habe, ist jetzt wohl allgemein anerkannt [4]). Eben damit hängt aber der andre Satz untrennbar zusammen, daß „die Zurechnung nicht etwas äußerlich neben die Handlung Hinzukommendes, sondern in ihr enthalten" ist, daß beide Begriffe sich decken [5]).

3) Daß bei der Zurechnung die drei im §. 56 angef. Momente die wesentlichen sind, ist im positiven Recht durchaus anerkannt [6]), wovon auch (s. §. 48 Anm. 2) das altdeutsche Recht keine Ausnahme machte. Die Römer bezeichneten die Schuld durch culpa, fraus, noxa, noxia, crimen [7]). Die P.G.O. hat keinen eigenen Ausdruck dafür. Die deutschen Kriminalisten brauchen in der Regel dafür das in dieser Bedeutung nicht klassische [8]) Wort reatus, neustens dagegen die Bezeichnung Schuld oder Verschuldung.

---

1) s. jetzt auch Mittermaier n. 2. z. F. §. 84. vgl. bes. Jarcke I. 130. 131. Heffter §. 46 ff. Abegg §. 79 f.

2) vgl. die zu §. 48. Anm. 1. angef. Literatur, namentlich selbst noch Kleinschrod, Schröter, Tittmann, zum Theil Feuerbach rc. rc. s. aber N. Rev. S. 155. Berner Imput. S. 49—52. Gegen die neuerdings ausgef. verworrenen Ansichten von Luden (dem Morstadt „applaudirt"), s. N. Rev. S. 132—139.

3) Sächs. GB. Art. 66—69. Wirt. Art. 95—106. Hannövr. Art. 84. nr. 7. Braunschw. §. 34. Hess. Art. 39. Bad. §. 81.

4) Ehmals pflegte man imp. physica u. moralis (civ. u. criminalis) zu unterscheiden, aber in verworrener Weise, da man zur imp. facti schon die freie Kausalität rechnete. s. Püttmann Elem. §. 38. v. Almendingen Imput. S. 29 f. Tittmann §. 82 ff. Stübel Thatbestand §. 19 f. (vgl. Syst. II. §. 363—365). s. dag. Kleinschrod im N. Arch. I. 2. Grolman §. 40. n. a. Martin §. 31. Feuerbach Rev. I. 151—158. Bauer Abh. I. 250. Abegg S. 124. N. Rev. S. 138. 139.

5) Abegg a. a. O. Nur hat Abegg trotz des richtigen Anlaufs im §. 78. (vgl. Grolman, Martin, Henke) beide Begriffe zu eng gefaßt. Es ist aber überhaupt in dieser Beziehung der richtige Weg erst in neuster Zeit eingeschlagen worden. N. Rev. S. 152. 153. Heffter §. 58 ff.

6) s. die Belege zu den ffen §§en. vgl. bes. l. 53. §. 2. l. 225 D. de V. S. (50. 16). l. 54. §. 4 D. de furt. (47. 2). l. 3. §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 11. §. 6 D. de inj. (47. 10). l. 9. §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). P.G.O. Art. 146. 177. 178.

7) L. 5. §. 1 D. ad leg. Aqu. (9. 2). l. 2. C. Th. de cust. reor. (9. 3). l. 9. §. 3 D. de minor. (4. 4). l. 91. §. 3 D. de V. O. (45. 1). l. 6. pr. §. 6. C. de modo mulct. (1. 54). l. 11. §. 1 C. de repud. (5. 17). l. 1. C. ad leg. Corn. de sic. (9. 16). l. 22. C. de poen. (9. 47). l. 1 C. si adv. del. (2. 35). l. 131 D. de V. S. (50. 16). v. Löhr Theor. d. Culpa S. 1—9. Hasse die Culpa d. röm. R. S. 65. Birnbaum im N. Arch. IX. 377 f.

8) L. 25 D. de poen. (48. 19). l. 3. §. 1. 8 D. de bon. eorum (48. 21). l. 1. C. Th. de accus. (9. 1). — Ueber das franz. Recht s. Hélie II. 205 sq. Rauter traité I. 139 sq.

I. Der Wille.

§. 58.

Dem Begriffe der Handlung gemäß erscheint der Wille als das bewegende Prinzip derselben (§. 56). Handlung ist eben nur eine solche in der Außenwelt gesetzte Veränderung, welche die Freiheit als ihr Produkt anerkennen darf oder muß. Daher ist es das **Recht des Willens**, von solchen Veränderungen nur diejenigen als die seinigen gelten zu lassen, in welchen er die Identität der objektiven Bestimmtheit mit seiner subjektiven erkennt. Indem er nämlich den Inhalt seiner Selbstbestimmung in das äußere Dasein übersetzt, tritt er in den vom Kausalitätsgesetze beherrschten Weltzusammenhang und seine unendlich mannigfaltigen Konjunkturen ein, und ruft eine relativ außer ihm und seinem Wissen liegende Macht gegen sich hervor, für deren Wirkungen einzustehen er sich nicht zumuthen lassen will. N. Rev. §. 73. 74. 78.

A) Vorsatz und Zufall.

§. 59.

Die jenem Rechte (wie der entsprechenden Verbindlichkeit) des Willens schlechthin angemessene Handlung ist nun die **vorsätzliche**, d. h. die in dem Willen vorher gesetzte und diesem Vorsatz gemäß wirklich gewordene. Diese Handlungsweise ist die normale Art der Bethätigung des Willens, dessen Momente hier sämmtlich zu ihrem Rechte kommen, — die Allgemeinheit in der Berathung, die Besonderheit im Beschlusse, die Einzelheit im Entschlusse [1]). Hat hier das Subjekt in der seiner Handlung vorhergehenden Ueberlegung die Bedingungen, Momente und Folgen derselben erwogen, und spiegelt sofort die That gerade jenes vorgesetzte Bild der Handlung ab, so kann es die unbedingte Verantwortlichkeit für seine Handlung nicht von sich ablehnen. (Propositum, praemeditatio, vorbedachter dolus) [2]).

1) Dies ist bei **Berner** Imput. S. 180 richtig ausgeführt; vgl. Theilnahme S. 101—106 und **Hegel** und **Michelet** ib. citt. Wie er aber hiernach zu einer so dürren Definition des Vorsatzes sich bequemen kann, wie Theilnahme S. 66—68. 99. geschieht, ist unbegreiflich. Dieselbe ist ebenso willkührlich als unnatürlich, und die Polemik von diesem Standpunkt aus gegen andre Ansichten über das Wesen des Vorsatzes (eb. S. 117 u. sonst) unberechtigt und gehaltlos.

2) Dies, wie das Folgende, gilt von guten Handlungen ebenso wie von bösen, nur daß im ersten Fall der Handelnde sich mit Beeiferung zusprechen wird, was er im letzteren nur nicht ablehnen kann.

§. 60.

Den direkten Gegensatz des Vorsätzlichen bildet das Zufällige als ein mit dem Wissen und Wollen im Gegensatze stehendes Geschehen, sei nun dieses ein einfaches in sich oder trete bloß als Folge einer wirklichen Handlung auf. In beiden Fällen urtheilt das Subjekt, daß es selbst nicht Prinzip des vorliegenden Faktums sein könne, daß vielmehr dieses Prinzip in dem ihm ursprünglich fremden Elemente der äußeren Objektivität gelegen haben müsse. N. Rev. §. 96 [1]).

§. 61.

1) Ein rechtsverletzender Erfolg kann dem Subjekte nicht zugerechnet werden, wenn er eine demselben schlechthin äußere, fremde Ursache hat, zu welcher sich der Mensch auf keine Weise als sich selbstbestimmendes Subjekt, sondern nur als unselbständiges Mittel verhält. Dies ist der Fall, wenn eine äußere absolute Gewalt (Zwang), gehe sie von der Natur oder von einem Menschen aus, die Leiblichkeit des Menschen bezwingend, ihn mittelst mechanischer oder organischer Kräfte als bloßes Naturobjekt wirken läßt. Vorausgesetzt ist jedoch, daß der Mensch es sich nicht zur Schuld zurechnen muß, der Einwirkung einer solchen Gewalt sich ausgesetzt zu haben. N. Rev. §. 88 u. Anm. z. §. 96.

1) Ueber das Wegfallen der Zurechnung bei vis absoluta ist man allgemein einverstanden, wenn auch nicht immer aus richtig formulirtem Grunde [2]); ebenso darüber, daß betr. Falls eine actio libera in causa vorliegen kann. Beides ist auch in den Quellen des gem. deutschen Rechts mit vollkommener Deutlichkeit ausgesprochen [3]).

2) Die neuere Doktrin und mit ihr die neuere Gesetzgebung geht jedoch vielfach über die richtige Grenze weit hinaus, indem sie der vis absoluta (Zwang) auch die vis compulsiva, welche durch Drohungen ausgeübt wird, gleichstellt. Als philosophische Konsequenz erscheint dieser Satz bei Feuerbach und allen, welche sich seiner Abschreckungstheorie nähern [4]). Er wird aber auch von solchen aufgestellt, die sich als Gegner Feuerbachs sehen lassen wollen, und dann meist die vage Wendung gebrauchen [5]), daß der Staat von seinen Bür-

---

1) vgl. Michelet Moral S. 51—54. Berner Imput. S. 53—66.

2) Luden Abh. II. 89. Hdb. I. 338 n. 3. Was hier not. 4. gegen die N. Rev. bemerkt wird, beruht auf Mißverständniß.

3) L. 11. pr. D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 7. §. 2. l. 8. §. 1 D. eod. Caus. XI. qu. 3. c. 102. Caus. XV. qu. 1. c. 6. — c. 41 de R. J. in 6⁰ (5. 12). P.G.O. Art. 146. u. sämmtl. neuen Gbücher. Zwang durch einen Menschen ist wohl von Drohung zu unterscheiden. Fall b. Werner S. 574.

4) Feuerbach §. 91. Kleinschrod I. §. 156—158. Filangieri IV. p. 253 sq. Cremani I, 1. c. 4. §. 3. 4. Tittmann §. 88. Jenull I. 146. 147. Bauer Abh. I. 258. s. übr. auch Clar. §. fin. qu. 60. n. 17. Menoch. arb. qu. cas. 354. u. A. dag. Bald. u. Covarruv. b. Baj. ad Clar. l. c.

5) Thibaut Kritik ꝛc. S. 43 f. Roßhirt Lb. §. 25. 26. Martin §. 40. a. E.

gern im Durchschnitt keinen „besondern Heroismus verlangen dürfe". Dagegen haben Andre[1]) richtig eingesehen, daß der Kant-Feuerbachische Satz mit der Abschreckungstheorie stehe und falle, daß er also, um mit der Begründung des Strafrechts auf die Freiheit vereinigt werden zu können, mindestens auf andre Weise begründet werden müsse. An solchen Begründungen hat man es denn auch nicht fehlen lassen; namentlich hat hier der gewöhnlich so vag verzettelte Begriff des Nothstandes (s. §. 37) aushelfen müssen[2]). Beiderlei Irrthümer der Doktrin haben sich denn auch in der neuen Gesetzgebung, — überdies oft mit seltsamen Inkonsequenzen — abgelagert[3]). In der That sind aber beide Begründungen falsch. Die Feuerbachische läugnet die allein wahre Grundlage alles Strafrechts, die Freiheit. Diese ist das absolut Unzwingbare. Wo sie gezwungen erscheint, hat sie eben nur sich selbst zwingen lassen[4]). Grade hat sie auch nicht s. §. 54. Wer daher die Möglichkeit der Aufhebung der Zurechnung auf diesem Wege behauptet, der zieht dem Strafrecht allen rationellen Grund und Boden unter den Füßen weg. Auch hebt jene Ansicht in ihrer Ausführung sich selber auf. Sie weiß das Werthverhältniß zwischen den beiden Uebeln, wovon es sich handelt, durchaus nicht mit Sicherheit zu bestimmen, und, wo sie auch die Grenze setzen mag, muß sie doch stets eine weitere Reihe von Fällen anerkennen, in welchen nur eine „verminderte Zurechnung" Platz greifen soll[5]). Damit kommt man denn auch im Wesentlichen auf das Richtige; d. h. wo die Drohung Bewußtlosigkeit bewirkt, resp. in vis absoluta übergeht, hebt sie allerdings die Zurechnung auf, weil der Bedrohte hier unzurechnungsfähig resp. Maschine wird; wo nicht, so kommt ihr nur der Werth eines Strafmilderungsgrunds zu. Noch viel gefährlicher aber ist praktisch die Zurückführung der angeblichen Zurechnungslosigkeit der durch psychologischen Zwang veranlaßten Handlungen auf den elastischen Begriff des Nothstands.[6]).

Henke I. 335 — 338. Schröter §. 106. Jarcke I. 181 — 183. Abegg S. 145. (vgl. Untersuch. S. 89—121. 340—359). Marezoll S. 99. Zachariä N. Arch. 1850. S. 278. 279. 286.

1) s. v. Almendingen Imputat. S. 89 f. Berner Imput. S. 49.

2) Grolman §. 41. not. a. Wächter I. §. 68. Heffter §. 40. Luden Hdb. I. 337. n. 2. Mittermaier not. 1. z. F. §. 91. Vaillant de lib. volunt. p. 130 sq. 146 sq. Carmigniani delle leggi II. 230 sq. Hélie II. 261 sq. Breidenbach I. 1. S. 526 f. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 93—200. u. S. 90. Hye S. 196. 197.

3) Luden Hdb. I. 306. n. 5. bes. Wirt. GB. Art. 101. 106. Hess. Art. 39. 45. Braunschw. §. 33. 34. 73. Sächs. Art. 69. 72. Bad. §. 81. 82. vgl. Hannövr. Art. 84. nr. 7. 8. Bair. Art. 121. Preuß. LR. II. 20. §. 19—21. GB. §. 40. Breidenbach I. 1. S. 529 ff. Leonhardt I. 362—366. Goldtammer I. 370—375. 411—414. Oestr. §. 2. Hye a. a. O. Thüring. Art. 64. 65. Sächs. Entw. Art. 88. 89. Bair. Entw. Art. 62. s. §. 37. Anm. 2.

4) Coactus voluit. Lediglich auf Civilrecht beziehen sich l. 7. §. 1 D. quod. met. (4. 2). l. 4. C. de his quae vi (2. 20). l. 13. C. de transact. (2. 4). s. dag. c. 5. X. de his quae vi (1. 40).

5) Namentlich nicht dolus, sondern bloß culpa. Kleinschrod I. §. 157. und Renazzi ib. cit.

6) Der beste Beweis hiefür liegt in den zu §. 37 angef. Inkonsequenzen und Verlegenheiten der neueren Doktrin und Gesetzgebung.

§. 62.

2) Ebenso fällt die Möglichkeit der Zurechnung weg, wenn zwar die That den Willen ausdrückt, aber ihre Vermittlung mit dem Wissen fehlte. Das Prinzip der Handlung liegt hier zwar im Subjekte selbst, aber nur formell, nämlich nur in seinem Wissen, das gegen seinen Willen im Gegensatze steht, — d. h. in einem Irrthum. Dieser Irrthum muß jedoch, wie die Gewalt in §. 61, unvermeidlich gewesen sein, da sonst wiederum eine actio libera in causa vorliegt. Als ein unvermeidlicher Irrthum aber erscheint nur ein Irrthum in Thatumständen, weil nur ein solcher seine Ursache in der dem Subjekte ursprünglich fremden Außenwelt haben kann, deren empirische Kenntniß allerdings nicht mit dem Wesen des Geistes identisch und eben darum zufällig ist. Auch fällt die Zurechenbarkeit nur insoweit weg, als eben die Handlung durch die irrige Voraussetzung bedingt war. N. Rev. §. 89 [1]).

1) Aeltere Kriminalisten waren sich nicht einmal darüber klar, unter welchen Voraussetzungen durch Unwissenheit in den Thatumständen die Möglichkeit der Zurechnung ganz hinwegfallen müsse, da sie dieselbe bald als Strafaufhebungs-, bald als bloßen Strafmilderungsgrund aufführen [2]). Neuere dagegen, welche mit Recht den Grund des Wegfallens der Zurechnung in der Unüberwindlichkeit der Unwissenheit oder des Irrthums erkennen [3]), unterlassen die gerade von hieraus so naheliegende gehörige Sonderung des Irrthums in Thatumständen von der Rechtsunwissenheit und dem Rechtsirrthum [4]) (s. darüber unten). Allerdings giebt es Fälle, in welchen die Grenzen beider Begriffe sich berühren oder doch zu berühren scheinen [5]). Andererseits haben schon ältere Kriminalisten [6]) (wenn nicht bei der ignorantia facti insbesondere, so doch beim casus überhaupt) darauf aufmerksam gemacht, daß es ein wesentlicher Unterschied sei, ob der Thäter in re licita oder illicita versire. Nur freilich ist hier so wenig als in der ganzen Schuldlehre bei jenen älteren Juristen eine prinzipielle Behandlung zu suchen.

---

1) Wirth Ethik I. 131.

2) s. zwar Damhouder c. 54. nr. 27. c. 94. nr. 8. vgl. aber Boër. dec. 264. nr. 13. Menoch. arb. quaest. II. 6. c. 502. nr. 83. Farinac. qu. 147. nr. 161 sq. Carpzov qu. 67. nr. 30. 31. qu. 72. nr. 47. — qu. 73. nr. 95. 96.

3) A. M. Luden Abh. II. 299—331. Hdb. I. 262. not. 7. S. 290. not. 6, der aber S. 291 eine nichtssagende subtile Distinktion macht. N. Rev. S. 275. 276.

4) Den richtigen Weg giengen hier schon Kress ad art. 177. reg. I. §. 2. Böhmer Med. ad art. 179. §. 12. vgl. Tittmann §. 85. Martin §. 40. Grolman §. 51. a. Feuerbach §. 57. Werner §. 328. Wächter I. §. 73. Jarcke I. 143. 144. Heffter §. 56. Luden I. 286—291. vgl. dag. Schröter S. 144. Kleinschrod I. §. 135 f. Abegg S. 145. Marezoll S. 100. 101. Bauer §. 128.

5) Roßhirt Entw. S. 209. vgl. Jenull I. 149. 150. Henke I. 330. Wächter I. S. 121. mit Luden I. 289. not. 4.

6) s. schon Bartolus Comm. ad l. 11. §. 2 D. de poen. nr. 7, u. nach ihm sämmtliche italien. Juristen. vgl. Damhouder c. 84. nr. 22—26. Kress, Böhmer l. c.

Abgesehen nämlich von den abenteuerlichen Folgerungen, wozu sie das versari in re illicita auszubeuten pflegen [1]), flechten sie auch hier von einem willkührlich genommenen sekundären Gesichtspunkte aus Begriffe und Fälle auf's Bunteste durcheinander. Mit Recht hat nun aber die neuere Wissenschaft hier mehr und mehr aufzuräumen und zu sondern gestrebt [2]). Wenngleich nämlich alle Fälle des Irrthums leztlich nach Einem höchsten Prinzipe zu entscheiden sind [3]), so müssen doch in einer systematischen Darstellung die Fälle wohl auseinandergehalten werden [4]) Es treffen nämlich unter dem Begriff des Irrthums, ganz abgesehen von dem durchaus nicht hierhergehörigen Rechtsirrthume, sehr verschiedene Fragen zusammen, nämlich außer dem hier zu Erörternden — die Fragen über Verbrechen an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln, über die Verwechslung des einen tauglichen Objekts mit einem anderen dergleichen, über ein gemeines Verbrechen, womit der Thäter irrig ein qualifizirtes zu begehen meint, über die sog. Aberrationen ꝛc. ꝛc. Alle diese Fragen setzen nun Erörterungen voraus, die erst später folgen können [5]). Dagegen fragt es sich hier vorerst nur darum: ob und inwieweit der Irrthum in Thatumständen die Möglichkeit der Zurechnung überhaupt aufheben, eine vermeintliche Handlung zur bloßen That herabsetzen könne. Hiebei ist nun zum §. nur noch zu bemerken, daß für alle verbrecherischen Handlungen, die bloß mit Absicht begangen werden können, auch bei verschuldetem Irrthum in Thatumständen die Zurechnung hinwegfällt [6]).

2) Die hier festgestellten Sätze sind auch im positiven Rechte durchaus anerkannt [7]), wobei nur die zur Lehre von der culpa gehörige Frage bestritten ist, ob die Grenzen der strafrechtlichen und der privatrechtlichen Verantwortlichkeit beim verschuldeten Irrthum parallel gehen oder nicht [8]). Mit dem gemeinen Rechte stimmen aber auch die neuen Gesetzgebungen im Ganzen durchaus überein [9]).

---

1) s. Carpzov qu. 1. nr. 29. 64. qu. 10. nr. 13. 14. qu. 15. nr. 12. 15. qu. 17. nr. 24. qu. 26. nr. 12. vgl. qu. 27. nr. 16 sq. nebst seinem gelehrten Apparat.

2) Zusammengeworfen ist Alles wieder bei Mittermaier not. 1. z. F. §. 57. vgl. auch Luden Abh. II. 545 f. Heffter im N. Arch. XII. 278 f. Pfotenhauer d. Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit. s. dag. N. Rev. §. 109.

3) N. Rev. S. 277 ff.

4) Theilweise anerkannt ist dies jetzt wohl fast allgemein, wobei sich aber jeder seine Ausnahme vorzubehalten beliebt.

5) Dies verkennt zum Theil auch Berner S. 64 f. vgl. dag. Heffter §. 56. n. 3. 4. f. vorläufig auch Krug üb. d. legisl. Behandl. d. Irrth. in Schletters Annal. Bd. 64. H. 2. 3.

6) Roßhirt Entwickl. S. 211. Heffter §. 69. not. 3. Jarcke I. 144. Hufnagel StrafGB. z. Art. 100. nr. 1. A. M. das sächs. OAG. N. sächs. Jahrb. 1851. S. 53—57.

7) L. 6. l. 9. pr. §. 2 D. de j. et facti ignor. (22. 6). l. 11. §. 4 D. de his qui not. (3. 2). l. 4. C. de incest. nupt. (5. 5).

8) Luden Abh. II. 300 f. Hdb. I. 289. n. 5.

9) Preuß. LR. II. 20. §. 28. 29 (indirekt), Oestr. GB. §. 2. f. g. jetzt e. f. Jenull I. 148. 151. not. a. vgl. Theres. Art. 11. §. 9. nr. 2. Hye S. 183—190. Bair. GB. Art. 121. j. 65. 72. (vgl. C. Max. I. 1. §. 30). Sächs. GB. Art. 68. (wird falsch ausgelegt, auch von Schwarze N. Jahrb. 1851. S. 45. 53 f.). Wirt. Art. 100. Hannövr. (theilweise) Art. 45. (vgl. Leonhardt I. S. 224. 225. 362). Braunschw. §. 32, 1. Hess. Art. 42. 43. Bad. §. 72. Thüring. Art. 62. Preuß. §. 44. (hier allein wird zwischen unverschuldetem und

In früheren Gesetzbüchern (s. die Theresiana und den Cod. Max. a. a. O.) war ausdrücklich gefordert, daß der Irrende in facto licito et inculposo versire; wäre der Irrthum mit einer culpa verknüpft, so werde die Strafe nur gemildert, es wäre denn die vorgehabte That ebenso sträflich oder noch sträflicher gewesen, als die wirklich begangene.

§. 63.

3) In der Natur der Handlung, in welcher sich das Subjekt dem objektiven Weltzusammenhange preisgiebt, liegt es endlich, daß auch an ein mit Wissen und Wollen vermitteltes Thun zufällige Folgen sich anknüpfen können, sofern zu dem Willen weitere Ursachen im äußeren Weltzusammenhang hinzutreten, welche seinem Wissen fremd blieben und fremd bleiben mußten. Dieser Zufall im e. S. (Zufall in den Folgen) vereinigt in sich die Momente der Gewalt und des Irrthums, sofern hier eine fremde Kausalität wirkt, von welcher vorausgesetzt wird, daß sie sich im Wissen des handelnden Subjekts nicht reflektirt habe und nicht habe reflektiren können. N. Rev. §. 90 [1]).

1) Von diesem Zufall in den Folgen (casus) gilt natürlich gleichfalls, daß die That zu einer actio libera in causa wird, sobald entweder die nicht in der Natur der Handlung gelegene Folge von dem Thäter eventuell in Berechnung genommen und gebilligt wurde, oder wenigstens mit der Handlung in einem solchen Zusammenhange stand, daß der Thäter sie bei Erwägung der Umstände, unter denen er sich zum Handeln entschloß, hätte vorhersehen können und sollen [2]).

2) Das römische Recht [3]) hat den reinen Begriff des Zufalls im Gegensatze gegen jede sowohl unmittelbare als mittelbare Bethätigung des Willens (dolus u. culpa) im Gebiete des Civilrechts früher entwickelt, als im Straf-

---

verschuldetem fakt. Irrthum nicht unterschieden; in beiden Fällen soll die Zurechnung wegfallen. Beseler S. 43. Auch liegt nach preuß. Recht der Beweis des Irrthums dem Handelnden ob (!). Goldtammer I. 379—381. 430—432. (Irrig, wie oft, referirt dieser über das bad. u. braunschw. GB., die mit dem preuß. übereinstimmen sollen!). s. dag. bair. Entw. Art. 59. Sächs. Art. 91.

1) Stübel Thatbestand §. 69 ff. (Dieser will freilich die Begriffe von Zufall und Folge schlechthin geschieden wissen, §. 71). Grolman §. 51. Feuerbach §. 58. Martin §. 48. Oersted Grundregeln §. 36. Kleinschrod I. §. 50. 51. Wächter I. §. 74. Jarcke I. 135. 136. Die ältere Doktrin (s. Carpz. qu. 27. nr. 16 sq. u. die dort. Angef.) brachte mit dem Unterschiede von versari in re licita u. illicita hier ein falsches Moment herein, da auch an ein unrechtliches Handeln ein casus sich anhängen kann. Gegen die noch in der neueren Jurisprudenz vorkommende widersinnige Aufstellung von delicta casualia s. Salchow Darstell. I. 13. Note.

2) A. M. ist natürlich auch hier Luden Abh. II. 299 f. Allein seiner scharfsinnigen Ausführung ist auch hier der praktische Gehalt abzusprechen. s. N. Rev. S. 275. 276. (Stübel ist von Luden S. 325. n. 1. unverstanden geblieben.)

3) Hasse die Culpa des röm. R. §. 15. Mein Mord und Todtschlag. S. 54 f. 135 f. Ziegler quaestion. p. 43 sq. Luden Abh. II. 295. n. 1. Birnbaum im N. Arch. XIII. 250. Note. Rein S. 165—167.

recht [1]). (Nur die Bestimmungen über noxa und pauperies enthalten Spuren einer älteren Ansicht.) In der Sphäre des Strafrechts galt sogar bis zur Zeit Hadrians hin selbst die culpa dem casus gleich, so zwar, daß in der frühesten Zeit (unter dem Einfluß religiöser Ideen) auch das bloß durch Zufall Hervorgebrachte gesühnt werden mußte [2]), später dagegen (infolge der von theokratischen Einflüssen emanzipirten Entwicklung des öffentlichen Strafrechts) das Kulpose dem Kasuellen als straflos beigesellt wurde [3]). Erst etwa seit der Zeit von Hadrian wurde auch in das Strafrecht der Begriff der culpa als einer eigenthümlichen Schuldstufe eingeführt und der Versuch gemacht, eine Grenze zwischen ihr und dem jedenfalls alle kriminelle Verantwortlichkeit ausschließenden casus festzustellen [4]). — Ueber das germanische Recht s. ob. §. 48. Anm. 2. — Auch im kanon. Rechte erscheint in früherer Zeit der reine Begriff des casus noch nicht von der culpa geschieden, vielmehr beides unter dem Begriff des Unvorsätzlichen vereinigt [5]). In späterer Zeit findet er sich dagegen allerdings [6]). Ebenso in der P.G.O. (Art. 146). In den neueren Gesetzgebungen wird die Nichtverantwortlichkeit für einen durch bloßen Zufall hervorgebrachten rechtsverletzenden Erfolg als Axiom vorausgesetzt [7]).

B) Versehen (culpa).

§. 64.

Es weist jedoch nicht nur der Zufall dem Willen seine relative Ohnmacht auf, sofern der vom Kausalitätsgesetze beherrschte Weltzusammenhang der Kombinationen des handelnden Menschen spottet und seine Vorsätze in ihr Gegentheil verkehrt, — sondern er tritt auch gegen ihn mit der Forderung auf, von ihm mittelbar als durch ihn gesetzt anerkannt und mit seiner Verantwortung gedeckt zu werden. Indem nämlich der vorsätzlich Handelnde eben seinen Vorsatz als das Maß seiner Verantwortlichkeit für das daraus Hervorgegangene geltend macht, so legt er sich damit die Forderung auf,

---

1) l. 5. §. 4 D. commod. (13. 6). l. 23. §. 2 D. de aedil. ed. (21. 1). L. 52. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 52. §. 3 D. pro soc. (17. 2). L. 6 C. de pign. act. (4. 24).

2) Serv. ad Virg. Ecl. IV. v. 43. Georg III. v. 387. Cicero Top. 17.

3) soweit es nicht im Privatstrafrecht seine Ahndung fand. Hier galt dann aber das Kulpose dem Dolosen gleich. s. die lex. Aqu. Nach Gellius galt aber das Gleiche früher auch bei der injuria. Mein Mord und Todtschlag S. 67—87.

4) Collat. I. 6. 8. 11. Paul. R. S. V. 23. §. 3. 12. 13. 19. — l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. l. 16. §. 8. l. 28. §. 12 D. de poen. (48. 19). l. 9. 11. D. de incend. (47. 9). l. 1. §. 3, l. 3. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1. 5. C. eod. (9. 16). l. 2 D. de term. moto (47. 21). — l. 12 D. de cust. reor. (48. 3). §. 4. J. de l. Aqu. (IV. 3). l. 30. §. 3. l. 31 D. eod. (9. 2). vgl. Roßhirt im N. Arch. VIII. 392 f.

5) s. bes. Caus. XV, qu. 1.

6) c. 22. 23. X. de homic. (5. 12). Reg. 23. in 6° de R. J. (5. 12). vgl. Regino II. c. 17. 18.

7) Ausdrücklich steht der Satz noch im preuß. LR. II. 20. §. 36—38. Oestr. GB. I. §. 2. g. (jetzt f).

seinem Vorsatze, d. h. der seiner Handlung vorhergehenden Reflexion auch wirklich die alle Bedingungen, Momente und Folgen umfassende Allgemeinheit zu geben (§. 58. 59). Wenn nun die Handlung in's Dasein tritt und statt der vom Subjekt voraus berechneten andere, oder neben den berechneten noch weitere nicht berechnete Umstände eintreten, die einen dem Vorsatze entgegengesetzten Erfolg herbeiführen, so zeigt sich jetzt, daß der Handelnde seiner Reflexion nicht die erforderliche Allgemeinheit gegeben hat. Es ergiebt sich, daß vermöge des allgemeinen Weltzusammenhangs die hinzugetretenen Umstände möglicherweise hätten voraus erwogen werden können. Damit hören aber diese Folgen auf, zufällige zu sein, und erscheinen vielmehr als mögliche, in der Handlung als real möglich gesetzte Folgen. Es zeigt sich, daß der Handelnde in einem Irrthum gehandelt hat, den er hätte abwenden können und, welchen nicht abgewendet zu haben, ihm zur Schuld zugerechnet werden muß. Diese Schuld ist das Versehen (culpa). N. Rev. §. 97 [1]).

§. 65.

Im Wesen der culpa liegt, daß sie stets 1) aus einem Fehler des Wissens, einem Irrthum hervorgeht, 2) daß dieser Irrthum vermeidlich war, daher es nun eben 3) eine Fahrläßigkeit des Handelnden ist, denselben nicht vermieden und dadurch den rechtsverletzenden Erfolg mittelbar verschuldet zu haben. Mithin liegt hier immer ein negatives Verhalten des Willens vor. Gleichwohl liegt in diesem Negativen auch ein Positives, d. h. das Wissen und Wollen der Bedingung, aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg sich als realmögliche Folge entwickelt.

1) Abgesehen von der sog. bewußten culpa (Frevelhaftigkeit, luxuria), welche noch nicht hierher gehört, vielmehr (s. u.) eine eigene Schuldstufe aus=

---

1) Stübel System II. §. 262 f. G. J. F. Meister Princ. §. 38. Klein im A. Arch. I, 2. S. 56 f. II, 1. S. 179 f. III, 1. S. 119 f. Grolman in s. Bibl. I, 1. S. 1 f. 3. S. 71 f. Feuerbach eb. II, 1. S. 193 f. Oersted Grundregeln S. 228 f. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 26 f. Konopak im A. Arch. IV. 3. S. 35 f. Renazzi El. I, 6. §. 3. Kleinschrod im N. Arch. VI. S. 45 f. Weber eb. S. 447. v. Almendingen in Grolm. Bibl. II, 2. Werner Hdb. §. 262 f. Wächter LB. I. §. 79 f. Jarcke I. 184 f. Stelzer üb. d. Willen. S. 163 f. Michelet de doli et culpae in jure crim. not. Winssinger quaenam sit differ. inter del. dol. et culp. Heusler de ratione in pun. delictis culpa commissis. Gärtner finium culpae in j. crim. reg. prolusio. Michelet Moral S. 58 f. Wirth Ethik I. 132 f. Bauer Abh. I. 245 f. Luden Abh. II. 529 f. Hdb. I. 240 f. 258 f. Schröter I. §. 65 f. Henke Hdb. I. 352 f. Martin Lb. §. 35. Abegg Lb. §. 85. 86. Heffter Lb. §. 61 f. Marezoll Lb. S. 104 f. Berner Imput. S. 227 f. Baumeister Beitr. S. 18 f. v. Bothmer Erörterungen. H. I. nr. 1. Krug über dolus u. culpa. 1854.

macht [1]), ist der Begriff der reinen culpa (der sog. unbewußten), wie ihn der §. angiebt, von der neueren Doktrin und Gesetzgebung meist richtig aufgefaßt. Zu den Abweichungen gehört a) die Ansicht einiger, welche den Begriff der culpa aus dem Kriminalrecht ganz verbannt und in das Gebiet der Polizei verwiesen haben wollen [2]). b) Die Ansicht von Luden, wornach nur die bewußte culpa in's Strafrecht gehören soll, diese aber überdies eine Auffassung erfährt, vermöge deren jede Grenze gegen den eventuellen dolus verschwindet [3]).

2) Daß die culpa das Mittelglied zwischen dolus und casus bilde, wurde schon von den italienischen und älteren deutschen Praktikern richtig erkannt. Sie beschreiben durchaus die kulpose Handlung als eine nicht vorsätzliche, wobei sie aber freilich den Begriff des dolus bald weiter bald enger nehmen (s. u.) [4]). Culpa sehen sie bei einem nicht gewollten Erfolge, der doch auch nicht einem reinen casus zugeschrieben werden könne, dies aber sei dann der Fall, wenn der Handelnde entweder in re illicita, oder in re licita versirt, aber nicht die erforderliche diligentia angewandt habe, um einen voraussehbaren rechtsverletzenden Erfolg zu vermeiden [5]). In der ersteren Bestimmung liegt zwar allerdings das Moment der sog. bewußten culpa (luxuria) eingehüllt [6]). Aber es tritt noch keineswegs klar hervor, da auch der in re illicita Versirende ohne Bewußtsein des rechtsverletzenden Erfolgs handeln kann. Die Definition der culpa ist mithin in jener Zeit formell noch ganz dem Begriffe angemessen. Dabei ist häufig die Meinung ersichtlich [7]), daß eigentlich nur durch dolus wahre Verbrechen im vollen Sinne begründet werden, womit theils die verkehrte Auffassung der culpa als eines Strafmilderungsgrunds [8]), theils die längere Zeit übliche Bezeichnung der kulposen Vergehen als quasidelicta [9]) zusammenhängt. Auch die unter dem Einfluß der Wolffischen Philosophie stehenden Juristen, obwohl sie bereits Anstalt machten, das Präventionsprinzip in das Strafrecht einzuführen, schilderten die culpa immer noch in dem wesentlich richtigen Sinne der älteren Doktrin als einen defectus rectitudinis actionis quoad intellectum vincibilis [10]). Dieses Moment des

1) vgl. Baumeister a. a. O. S. 36 f. Breidenbach I. 2. S. 19. 20. Jarcke I. §. 29. Preuß. A.L.R. II. 20. §. 228.

2) s. bes. Stübel N. Arch. VIII. 295 f. Roßhirt eb. S. 379. u. Entwickl. S. 165 f. s. jedoch N. Rev. §. 102.

3) Abh. II. 296 f. 530 f. Hdb. I. 258—262. 383. n. 2. s. dag. N. Rev. S. 229—236. Breidenbach I. 2. S. 19. n. 7.

4) Der Widerstreit der Ansichten drehte sich besonders um die Auffassung des dol. indirectus u. die culpa lata.

5) J. Clar. §. homic. n. 3. sq. Farinac. qu. 126. n. 17. sq. Menoch. II. cas. 324. vgl. Covarruv. ad Clem. V. p. 2. §. 1. A. Gomez III. c. 3. n. 16. Damhouder c. 84. 85. Ayrer Tr. de homic. p. 3. n. 1 sq. Theodoricus Coll. crim. disp. 7. th. 5. Carpzov qu. 27. Böhmer ad h. l. obs. 2. 3. Matth. Proleg. I. n. 2.

6) Clar. n. 5. rechnet geradezu die culpa dolo determ. hierher. vgl. die Fälle von luxuria b. Caepoll. Cons. 29—31.

7) s. z. B. Carpzov qu. 142. n. 30. Matthaeus l. c.

8) Carpzov l. c. n. 31—33, sogar neuerdings noch Wächter Lb. I. §. 116. u. A.

9) Böhmer Elem. I. 2. §. 30. Engau Elem. §. 31. Koch Inst. §. 12. n. 2. C. F. G. Meister Princ. §. 35. s. dag. Schröter I. 106.

10) Nettelbladt de homic. ex intent. indir. comm. §. 4—7.

Mangels am Bewußtsein, Irrthums, Fehlers des Verstandes ꝛc. wurde einseitig von v. Almendingen, Stelzer, Salchow, Werner, Schröter hervorgehoben. Ergänzend hiezu trat die von Klein [1]) gegebene Bestimmung der culpa als des negativ bösen Willens ein, womit im Wesentlichen, soweit die reine (sog. unbewußte) culpa in Frage steht, auch Kleinschrod und Grolman übereinstimmen [2]). Es war hiemit das Wesen der culpa (s. den §. nr. 1—3) in der That treffend angegeben. Allein Feuerbach konnte sich damit nicht begnügen, da er, schärfer als jene Andern denkend, einsah, daß die gedachte Auffassung der culpa mit der Konsequenz des Präventionsprinzips nicht zusammenbestehen könne [3]). Hierin liegt nämlich, daß Jedem, den eine Strafe treffen soll, ein positivböser Wille, d. h. der Vorsatz das Strafgesetz zu übertreten, nachgewiesen werden muß. In der That hat auch Feuerbach die culpa geradezu in dolus verwandelt, indem er fordert, daß das kulpose Benehmen das Bewußtsein seiner Gesetzwidrigkeit und vorsätzliche Unterlassung der Sorgfalt involviren müsse [4]). Richtig ist allerdings die Behauptung, daß in der culpa auch ein positivböses Element liegen müsse. Allein dieses darf nicht in einer vorsätzlichen Gesetzesübertretung, sondern nur in dem gesucht werden, was der §. a. E. angiebt [5]). Feuerbach vernichtet gerade das Charakteristische der culpa, das Negativböse, und löst ihren qualitativen Unterschied gegen den dolus in einen quantitativen auf. Eben daher konnte er auch unter die culpa Mehreres subsumiren, was in der That nicht dahin gehört.

3) Hiernach handelt es sich hier überall nur von der reinen culpa, welche von der neueren Doktrin bald als culpa remota, bald als mittelbare oder unbewußte [6]) Fahrläßigkeit bezeichnet wird. Der Begriff derselben ist das Korrelat zu dem des vermeidlichen Irrthums. Ob auch ein kulposer Rechtsirrthum angenommen werden könne? (s. u.). Wenn endlich Feuerbach unbedingt auch den Fall hierher stellt, wenn sich Jemand ohne dolus in einen Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt, so ist dies unrichtig, da hier auch unmittelbare

---

1) Er selbst bekennt sich dafür dem Philosophen Mos. Mendelssohn verpflichtet. A. Arch. III. 1. S. 121.

2) System. Entw. a. a. O. Bibl. f. peinl. RW. I. 1. S. 1 f. I. 3. S. 71 f. vgl. Filangieri IV. c. 37. Oersted a. a. O. Rossi II. 203. Renazzi Elem. I. c. 6. §. 3.

3) Rev. II. Kap. 6. Bibl. f. peinl. RW. II. 193 f. Lb. §. 55.

4) Oersted Grundreg. S. 251. f. die nähere Ausführung in N. Rev. S. 321 ff. und hiernach Hye S. 138**. Den reinen Gegensatz gegen Feuerbach bildet Stelzer a. a. O., der den dolus in culpa auflöst. Wie verwirrend F.'s Ansicht wirken konnte, s. bei Henke I. §. 55. i. A.

5) Der hier ausgesprochene Gedanke liegt auch bei Grolman a. a. O. zu Grund, wenn er den Willen des kulpos Handelnden einen „gefährlichen" nennt, weil das Unrecht schlechthin vermieden werden müsse, daher eine Handlung unrecht sein müsse, bei welcher die Gefahr, das Recht zu verletzen, nicht vermieden werde (das Gegentheil dieser Vermeidung nicht gewiß sei). — Dagegen ist es bereits ein Abfall vom rechtlichen Standpunkt, wenn man die Strafwürdigkeit der kulp. Handlungen auf ihre Gemeingefährlichkeit und die relative Unwirksamkeit der Polizei gründet; — so Bauer Abh. I. 286. 287.

6) s. z. B. Grolman Grunds. §. 48. Henke I. 359. Wächter I. §. 80. n. 59. — Feuerbach §. 56. — Bauer Abh. I. 297. Abegg Lb. §. 86. Berner Imput. S. 218 f.

(bewußte) culpa vorliegen kann [1]). — Die culpa bei Unterlassungsverbrechen [2]) als „Nachläßigkeit" von der culpa überhaupt auszusondern [3]), liegt kein Grund vor. — Die obligatio ad diligentiam, deren Verletzung die kulpose Handlung ausmacht, kann eine allgemeine, oder eine auf einem speziellen Rechtsverhältnisse (z. B. einer Berufspflicht) gegründete sein [4]).

4) Sofern nach dem Bisherigen als das eigenthümliche Gebiet der reinen culpa nur das des vermeidlichen Irrthums in Thatumständen erscheint, so beschränkt sich dasselbe auf diejenigen Rechtsverletzungen, welche durch den Anstoß eines nicht vorbedachten Naturkausalismus entstehen können. Dies ist aber keineswegs bei allen der Fall, da es vielmehr eine Reihe solcher Rechte giebt, die zwar durch Vermittlung eines Zufalls faktisch lädirt, aber eben als Recht nicht ohne Vorsatz verletzt werden können (wie Ehre, Freiheit, das Recht der Ehe ꝛc.) [5]), sowie eine Reihe von rechtsverletzenden Handlungen, welche als solche gar nicht begangen werden können, ohne daß jedes ihrer Momente mit Bestimmtheit in der Ueberlegung des Vorsatzes gegenwärtig war (wie Diebstahl, Betrug ꝛc.) [6]). Die hierin liegende Beschränkung des Gebiets der culpa ist daher nicht bloß eine Folge gesetzgeberischer Willkühr oder strafpolitischer Klugheit [7]); sondern sie liegt in der Natur der Sache [8]). Wieder etwas Andres ist es, daß bei Polizeivergehen zwischen Vorsatz und culpa nicht unterschieden wird (s. u.). Die Berücksichtigung des Unterschieds zwischen Verbrechen, die bloß mit Vorsatz, und solchen, die auch kulpos begangen werden können, ist erst eine Angelegenheit der neueren Zeit. Zwar findet sie sich faktisch schon bei den italienischen Praktikern und den älteren deutschen Kriminalisten, aber eben ohne Bewußtsein [9]). Seit man dagegen im Strafrecht unabhängig vom Buchstaben der Gesetze zu denken angefangen hat, ist in der ersten Freude über die neueröffnete Einsicht in das Wesen des Willens und der Handlung der Begriff der culpa (noch ganz abgesehen von der sog. bewußten culpa) ungebührlich verallgemeinert worden, wovon man jedoch neuerdings allgemein wieder zurückgekommen ist.

5) Ein positives Recht kann von zwei verschiedenen Seiten her auf die Entwicklung des Begriffs der culpa kommen, von der Thatseite her und von der Willensseite. Im römischen Rechte sind beide Wege eingeschlagen worden [10]).

---

1) vgl. Bauer a. a. O. S. 293. 297. 298.

2) Unklar ist hierüber Oersted Grundr. S. 310—313, u. noch mehr der ihn bekämpfende Bauer a. a. O. S. 294. s. schon Farinac. qu. 110. n. 24. Matth. ad l. 48. tit. 5. cap. 6. n. 5.

3) Dies thut Baumeister S. 35. 39.

4) Bauer a. a. O. S. 292. 293.

5) Neuere Gesetzgebungen wissen freilich von kulposer Verläumdung, Bigamie, kulposem Ehebruch u. dgl.

6) Nur eine scheinbare Ausnahme bildet der leichtsinnige Bankerott.

7) jenes nach Feuerbach Lb. §. 55, dieses nach Bauer Abh. I. 288.

8) behauptet, aber nicht nachgewiesen auch bei Bauer S. 291. Heffter §. 69. Mittermaier n. 5. z. F. §. 55. s. auch Oersted Grundr. S. 250. Am besten Baumeister Beitr. S. 18. 19. 22. 23. Subtil, aber nichtssagend Luden Hdb. I. 232. 242. s. dagegen Hufnagel I. 119. Breidenbach I. 2. S. 21. Besteler S. 36 f. vgl. Birnbaum N. Arch. XIII. 103. 104.

9) s. z. B. Bajard. ad Clar. §. fin. qu. 84. n. 9. 10. J. de Belvis. III. c. 26. §. 7. Carpzov qu. 27. u. 142.

10) Dies wird gewöhnlich nicht herausgehoben und infolge davon das röm. Recht einseitig beurtheilt. s. z. B. Berner Imput. S. 279 f.

Der erstere im Privatstrafrechte, namentlich beim damnum inj. datum, wo sich nach Analogie des Civilrechts die Scheidung der culpa (noch ohne klaren Unterschied gegen den dolus) vom casus vollzog, d. h. die Einsicht sich bildete, daß man auch für zufällige Folgen haften müsse, wenn man sie als möglich hätte voraussehen können, mithin beim Handeln die obl. ad dilig. nicht erfüllte [1]. Der andere im öffentlichen Strafrechte, indem man zu der Einsicht kam, daß zwischen dem direkten Wollen und dem Nichtwollen das indirekte, gefährliche Wollen liege, das dem dolus nahe kommen könne, gegen das man als gegen eine res mali exempli einschreiten müsse [2]. In dem überwiegend subjektiven Charakter dieses öffentlichen Strafrechts [3] lag es aber, daß diese Erweiterung des kriminalrechtlichen Gebiets über den dolus hinaus erst spät und sporadisch erfolgte, daher auch die Theorie noch im Justin. Rechte nicht über den Gegensatz von dolus und casus hinauskam. Bis um die Zeit von Hadrian war die kulpose Handlung in keiner Weise Gegenstand des öffentlichen Strafrechts [4]. Die Ahndung kulposer Handlungen fiel dem judicium domesticum, dem censorischen Strafamt und dem Privatstrafrechte anheim [5]. Auch seit Hadrian aber ist es zweifelhaft, ob bei allen (durch culpa begehbaren) Verbrechen die römische Kriminalpraxis wirklich den Fall der kulposen Begehung peinlich gestraft habe [6]. — Im kanonischen Rechte wurde (wenn auch nicht von jeher) der kulpos hervorgebrachte Erfolg von dem zufälligen unterschieden und das kulpose Benehmen für bußwürdig erklärt, und zwar nicht etwa bloß bei Tödtung und Brandstiftung [7], sondern ganz allgemein [8]. Hiebei ist das kanon. Recht sichtlich dem römischen gefolgt, dessen Bestimmungen es generalisirte [9]. — Das germanische Recht [10] zeigt in seiner alterthümlichen Erscheinung den Grundsatz, daß auch für schuldlos hervorgebrachten Schaden dem Beschädigten gebüßt werden müsse. Es wird nämlich bei der durch Ungefähr entstandenen Verletzung nicht unterschieden, ob eine mittelbare Verschuldung (culpa) oder ob reiner Zufall obgewaltet habe [11]. In beiden Fällen

1) L. 5. §. 1. l. 8. §. 1. l. 30. §. 3. l. 31 D. ad l. Aquil. (9. 2). L. 25. §. 7 D. loc. (19. 2). L. 14 D. de off. praes. (1. 18). L. 226 D. de V. S. (50. 16). Hasse Culpa Kap. 2—5. Mein Mord u. Todtschl. S. 68—86. Rein S. 158—160.

2) s. §. 63. Anm. 2. Mein Mord und Todtschl. S. 135—158. Rein S. 163—165. Roßhirt Entw. S. 171. 172. Müller Verbr. g. d. Integr. d. Eisenbahnen. S. 84—86.

3) s. noch l. 1. C. ad l. Corn. de sic. (9. 16).

4) s. besonders l. 3. §. 2. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8).

5) s. auch Rein S. 160—163. u. Winssinger ib. cit.

6) Verschiedene Ansichten bei Welcker letzte Gründe S. 565. Note. Wächter Lb. I. 129. Morstadt n. 1. z. F. §. 55. Heffter §. 69. — Feuerbach §. 55 u. Mittermaier n. 1. 5. Roßhirt Entw. S. 170 f. Rein S. 164. Berner Imput. S. 279—283. Birnbaum im N. Arch. XIV. 538 f.

7) so Berner S. 291. Umgekehrt nahm es die Kirche mit der culpa sehr streng.

8) C. 9. X. de injur. (5. 36). Die meisten Beispiele finden sich allerdings bei der Tödtung. s. c. 2. 3. 7—9. 12—16. 22. 23. X. de homic. (5. 12). c. 3. in 6° eod. (5. 4).

9) Umgekehrt meint Berner a. a. O., die betr. Bestimmungen des kanon. Rechts enthalten eine Konzession an das germanische Recht.

10) s. die Belegstellen bei §. 48. Anm. 2.

11) Dies zeigt sich klar in dem Unterschiede der späteren Bestimmungen von den

muß vielmehr das volle Wergeld, die volle Buße erlegt werden [1]). Darin liegt aber keineswegs die barbarische Ansicht, daß es auf den Willen nicht ankomme, sondern im Gegentheil die sehr tiefsinnige Vorstellung, daß es kein absolut waltendes Fatum gebe, vielmehr im Zweifelsfall der freie Mensch stets als der freie Hervorbringer seiner mehr oder minder mittelbar bewirkten Thätigkeitserfolge zu betrachten sei [2]). Der schlagendste Beweis gegen jene rohe Auffassung liegt darin, daß das germanische Recht (im Norden, wie auf dem Kontinent und in England) von jeher zwischen Willen und Ungefähr (volens und nolens, casu faciente) wenigstens insoweit unterschied, daß bei Ungefähr von Fehde, Friedlosigkeit, Friedensgeld keine Rede war [3]). Hiebei blieb es aber nicht. Vielmehr wurde selbst bezüglich der Wergelds- oder Bußzahlung für das durch Ungefähr zugefügte Unrecht theils der Weg eingeschlagen, daß man die Ansätze verminderte [4]), theils — unter dem Einfluß kanonischer und römischer Ansichten — die qualitative Unterscheidung von culpa und casus angebahnt, sofern man im lezteren Falle die Buße auf ein Minimum herabsetzte oder ganz wegfallen ließ [5]). Die natürliche Folge davon war aber, daß dann die Buße für kulpose Handlungen den strafrechtlichen Charakter annahm oder geradezu durch wirkliche Strafe ersetzt wurde [6]). Endlich wird die Richtigkeit der hier kundgegebenen Ansicht über den ideellen Kern der dem germanischen Rechte zu Grund liegenden Auffassung noch insbesondere dadurch bestätigt, daß in der Regel das Durchkommen mit dem Schadensersatz oder der leichteren Buße bei kulposen Handlungen Selbstanzeige oder wenigstens freiwilliges Bekenntniß nach erhobener Klage voraussetzte, da im Falle des Abläugnens angenommen wurde, der Thäter habe mit Absicht gehandelt [7]), wie denn auch ein eigenthümlicher Ungefährseid vorkommt [8]). — In den Rechtsbüchern zeigt sich kein Fortschritt. Das sächs. LR. [9]) spricht aus, daß für kulpose Verletzungen keine Strafe an

---

früheren. s. z. B. L. Sal. em. X, 6. L. Rip. LXX, 2—4. L. Wisig. VI, 5, 2. 7. VIII, 4, 23. L. Bajuv. XIII, 1. L. Roth. 308—313. L. Liutpr. 136. Knuts weltl. Ges. 73. L. Alam. 83. ꝛc. und Aelfreds weltl. Ges. 13. 17. 19. 32. L. Sal. IX, 5. XXIV, 5. L. Angl. X, 8. XI. L. Henr. I. 70. §. 12. 90. §. 12 ꝛc.

1) so noch in den Willk. d. Brockmänner §. 182. vgl. L. Fris. add. sap. III. 69. L. Sal. em. 38. L. Rip. 46. u. die nordischen Rechte bei Wilda S. 557. 558.

2) Mit Unrecht sucht Wilda die Thatsachen, worauf dies Urtheil sich stützt, wegzuläugnen. Seine eigene Ausführung widerlegt ihn S. 550 f. 578 f., abgesehen davon, daß ohne jenen Ausgangspunkt das german. Recht um alle Originalität kommt.

3) Wilda S. 545—549.

4) so vornämlich in den nordischen Rechten. Wilda S. 557. 558.

5) s. die Stellen §. 48. Anm. 2. bes. L. Wisig. VI. 5, 2—7. — Bemerkenswerth ist die frühe aufkommende Rücksicht auf das versari in re licita, in opere necessario. Regino II. c. 17. 18. Magn. Gulath. M. c. 13. p. 161. Besondere Grundsätze finden sich hinsichtlich des durch Thiere zugefügten Schadens. s. Stellen b. Wilda S. 588—594.

6) L. Wisig. VI, 5, 7.

7) L. Rip. LXXXII, 3. L. Sal. em. X, §. 1—3. 8. L. Bajuv. VIII, 10. XIV, 4. 5.

8) L. Alam. LXXXII, 7. L. Roth. c. 234. L. Wisig. VI, 5, 5. 7. 12. andre Stellen bei Wilda S. 594—597.

9) II, 38. vgl. III. 91. §. 1. u. III. 84. §. 3. Gosl. Stat. b. Göschen 40, 41. — 41, 1—6. 28. 37.

Leib od. Leben, sondern nur Schadensersatz od. Wergeld eintrete. Gleichwohl unterscheidet es bei Tödtung od. Lähmung fremder Thiere nicht zwischen Vorsatz und culpa, wohl aber zwischen culpa und casus [1]). Ausführlicher ist schon das Rechtsb. nach Distinktionen, das für Verwundungen „von ungeschichtigen Dingen undankes" nur schlechte Buße, nicht Frevelsbuße ansetzt, übrigens auch noch den Ungefährseid fordert [2]). Indessen sind alle diese Bestimmungen noch schwankend und verworren, da bald bloß von Schadensersatz oder Schmerzengeld, bald von Wergeld, bald von gänzlicher Nichtverantwortlichkeit [3]) die Rede ist und die alterthümliche Ansicht über das Haften für den casus der bestimmten Unterscheidung zwischen culpa und casus um so hinderlicher war, je mehr die Begriffe von Buße, Schaden, Besserung, Sühne, Wergeld in einander liefen [4]). Diese Unklarheit hat sich denn auch im sächsischen Rechte noch lange erhalten [5]). Das schwäb. LR. dagegen unterscheidet [6]) (freilich nach äußerlichen Momenten) genau, ob der unvorsätzliche Verletzer die obligatio ad dilig. erfüllt hat oder nicht, und spricht ihn im ersteren Falle nicht nur von Lebens- und Leibesstrafe, sondern auch von jeder Buße los, wogegen es im andern Fall sich mit letzterer nicht begnügt, sondern zugleich Wette an den Richter, bei erfolgter Tödtung eines Menschen sogar Schwerdtstrafe ansetzt. Wenn das sächs. Recht die Grenze gegenüber dem casus nicht zu fixiren vermochte, so wußte das schwäbische die Grenze gegen den dolus wenigstens nicht genau zu bestimmen [7]). Von einer allgemeinen Auffassung der culpa als einer besonderen Schuldstufe ist in den Rechtsquellen des MAs. überhaupt noch nicht die Rede. Sie wird nur erwähnt bei Tödtung, Körperverletzung und Eigenthumsbeschädigung, und verschieden behandelt [8]). Besonders sieht man bei der Frage über das Haften für den durch Thiere gestifteten Schaden das Moment der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nur erst auftauchen [9]). — Dagegen ist nun in der P.G.O. der Begriff der reinen culpa mit voller Klarheit festgestellt [10]), wiewohl auch hier dieselbe nur bei der Tödtung und Gefangenenbefreiung erwähnt wird. Die betr.

---

1) III. 48. §. 1—3. Neben dem Wergeld kommt hier Buße vor.

2) IV, 1. d. 3. 4. d. 2. 5. d. 3. 15. d. 2. (hier ist dann doch das Wergeld genannt).

3) so dann, wenn dem Beschädigten selbst Unvorsichtigkeit zur Last fiel. Gosl. Stat. 41, 28 f. vgl. noch Glosse z. Sächs. LR. II. 38. u. Gl. z. Weichbild Art. 38. n. 12—14. (wo übrigens schon romanisirt wird) u. das Klever Stadtr. b. Birnbaum N. Arch. XIII. 278. n. 96.

4) Göschen Gosl. Stat. S. 337—346. 358. 359.

5) s. die Schöffenurtheile bei Carpzov qu. 27. nr. 40 sq. 56 sq. 63., woraus ersichtlich ist, wie mühsam die römische Ansicht sich Bahn brach und wie unbeholfen man sie der altgermanischen aufzupropfen suchte.

6) c. 182—184. s. jedoch die Wolfenb. Hdschr., welche bei c. 184 die Todesstrafe nicht hat.

7) s. auch die Andeutung der P.G.O. Art. 137. 146 über die Praxis ihrer Zeit.

8) s. z. B. die Gosl. Stat. 40, 42. j. 41, 6. 28 f. Sächs. LR. II. 38. j. III. 48.

9) s. sächs. LR. II. 40. 62. §. 1. vgl. mit schwäb. LR. c. 204. 205. 244. (wo schon die obl. ad dilig. und bei ihrer Nichterfüllung Buße und Wette vorkommt, während z. B. noch das Bamb. Stadtr. §. 127 hier keinen Frevel festsetzt). Oberflächlich ist Krug üb. dolus u. culpa S. 9. n. 2.

10) Art. 136. 146. 180. vgl. Wormс. Ref. 1498. VI. 1. tit. 21.

Bestimmung ist offenbar dem röm. Rechte entnommen, das auch bei den italienischen Schriftstellern die Grundlage der Darstellung bildete. Zwar handeln diese die Lehre von der culpa gleichfalls nur bei bestimmten Verbrechen ab; es scheint jedoch ihre Ansicht zu sein, daß die culpa in der Regel immer einer strafrechtlichen Behandlung unterliegen soll, wo nur überhaupt die kulpose Begehung bei einem Verbrechen möglich ist [1]). Mag nun eben dies auch die Ansicht der P.G.O. sein oder nicht [2]), so ist diese Meinung doch von den deutschen Schriftstellern der späteren Zeit entschieden getheilt worden [3]). — So stellen denn auch die Theresiana und der Cod. Maximil. die culpa als eine allgemeine Schuldstufe dar, die bei allen Verbrechen vorkommen könne [4]), übrigens ohne sie zu definiren. Dieselbe allgemeine Bedeutung erhält sie im preuß. LR. [5]), jedoch mit zutreffender Definition, wogegen das östr. GB. sie aus dem eigentlichen Strafrecht verweist [6]). Von den neueren Gesetzgebungen definiren einige die culpa gar nicht [7]); die aber, welche es thun, fassen sie nicht rein auf, sondern ziehen die luxuria (s. u.) mit herein [8]). Während ferner das bair. GB. die culpa noch allgemein als Schuldstufe aufstellt, so haben die übrigen neuen Gesetzgebungen es vorgezogen, dieselbe nur in bestimmten vom Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Fällen mit Strafe zu bedrohen [9]).

§. 66.

Die Grenze der culpa gegen den Zufall ist ihrem Begriffe gemäß relativ. Denn die Frage, ob ein Irrthum oder Nichtwissen vermeidlich gewesen sei, kann immer nur nach der Individualität des Handelnden und den Umständen des konkreten Falls beantwortet werden. Die Grenze läßt sich daher nicht allgemein festsetzen und auch

---

1) Jac. de Bellov. III. 26. n. 7. J. Clar. §. fin. qu. 84. n. 1. Menoch. II. 4. c. 324. 400. Farin. qu. 126. Gomez III. c. 3. n. 16 sq. Decian. I. cons. 9. n. 1. Hipp. d. Mars. cons. 7. n. 36. Aeg. Boss. de homic. n. 53 sq.

2) vgl. Damhouder c. 84. 85 stimmt mit den Italienern.

3) s. Carpzov qu. 142. n. 30 sq. P. Theod. Coll. cr. Disp. 7. th. 5. Leyser Sp. 154. med. 9 sq. J. Ayrer de homic. II. 101 sq. III. n. 1 sq.

4) Theres. art. 3. §. 1—4. C. Maxim. I. c. 1. §. 3.

5) II. 20. §. 28—34.

6) s. dag. Kleinschrod im N. Arch. VI. 57 f. Ganz verwiesen ist sie gleichwohl nicht u. konnte es nicht werden. s. jetzt auch Hye S. 155—158.

7) Sächs. GB. Art. 32. Hess. Art. 57. Sächs. Entw. Art. 45. Ganz übergangen im allg. Theil ist sie im preuß. s. Beseler S. 47—49. Temme Gl. S. 89 f. not. 3. Ebenso im Bair. Entw. (anders noch 1851). s. jedoch wenigstens Art. 5. vgl. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 9. u. GB. Art. 138.

8) Bair. GB. Art. 64 f. Wirt. 58. 59. (aufgehoben). Hannövr. 46—49. Braunschw. §. 29. Bad. §. 101. Thüring. Art. 30. Sächs. Entw. Art. 45.

9) Wirt. GB. Art. 138 (Hufn. I. 120). Sächs. Art. 32 (Weiß S. 165. 166). Hannövr. Art. 46 (Leonhardt I. 227. n. 6). Hess. Art. 57 (Breidenb. I. 2. S. 25. 26). — Braunschw. §. 26. 29 (Breym. S. 192). Bad. §. 102. Thüring. Art. 30. Sächs. Entw. Art. 45. Bair. Art. 5. Code p. Art. 319. 320. 458 (Hélie V. 467 sq.). Bedenklich ist die Weglassung einer solchen Bestimmung im preuß. GB. A. M. Temme a. a. O. Goldtammer I. 239—243 (?).

für den einzelnen Fall nur negativ so angeben, daß die Verantwortlichkeit wegfalle, wenn dem Handelnden als solchem unter den vorliegenden Umständen nicht zugemuthet werden konnte, daß er den eingetretenen Erfolg als realmögliche Folge seiner Handlung hätte vorhersehen sollen. Da es sich übrigens hier nicht um widerrechtlichen Willen überhaupt, sondern um verbrecherischen Willen handelt, so kann jene Zumuthung nicht über die Grenze gewöhnlicher Einsicht und Vorsicht eines Individuums ausgedehnt werden. — Ebensowenig lassen sich absolute Grade der culpa angeben, und zwar aus demselben Grunde. Dieselben könnten nur von der größeren oder geringeren Leichtigkeit, die Folge vorauszusehen, hergenommen werden. Allein diese Wahrscheinlichkeit ist gleichfalls eine relative, nach den konkreten Umständen und der Individualität des Handelnden sich bestimmende, und für diese konkrete Wahrscheinlichkeit giebt es zwar unendliche quantitative Abstufungen, die sich aber nicht qualitativ als Grade fixiren lassen. — In beiden Beziehungen unterscheidet sich die strafrechtliche culpa wesentlich von der des bürgerlichen Rechts. N. Rev. §. 100.

1) Hinsichtlich des Anfangspunkts der verbrecherischen culpa ist beim römischen Rechte Privatstrafrecht und öffentliches zu unterscheiden [1]). Bei ersterem führte die Analogie des Civilrechts auf strengere Grundsätze, welche jedoch von den Römern nicht sofort auf die peinlich zu strafende culpa übergetragen worden sind [2]). Gleichwohl läßt sich auch nicht behaupten, daß nur culpa lata (dolo proxima) peinlich gestraft worden sei [3]). Bei dem ganzen Geiste des öffentlichen Strafrechts der Römer ist es indessen wahrscheinlich, daß sie mit der Annahme krimineller culpa vorsichtig waren [4]). — Die P.G.O. sagt über die Grenze zwischen culpa und casus nichts, sondern empfiehlt nur immer die konkreten Umstände des Falls wohl zu berücksichtigen, was ganz richtig ist. Die Gesetzgebungen des v. Jhs. begnügen sich mit ganz abstrakten Bestimmungen. — Auch das preuß. LR. spricht nur von „gehöriger Aufmerksamkeit und Ueberlegung“, verweist jedoch ganz richtig auf I, 3. §. 25, wo die Berücksichtigung der Individualität des Handelnden vorgeschrieben ist, und zwar ohne zugleich die Artikel zu zitiren, welche die Eintheilung in c. lata, levis und levissima enthalten [5]). Dieses Gesetz schlug hiemit, abweichend von der Doktrin vor seiner Zeit, im Wesentlichen ganz den rechten Weg ein. Gedachte Doktrin nämlich mühte sich

---

1) Hierauf hat Roßhirt, wiewohl in übertriebener Weise, mit Recht aufmerksam gemacht. Entwickl. S. 167. 171. s. auch Luden Abh. II. 296 f.

2) s. l. 28. §. 12 D. de poen. (48. 19) und l. 9 D. de incend. (47. 9) j. l. 11 D. eod. l. 1. §. 3. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). j. l. 1 C. eod. (9. 16).

3) l. 12 pr. D. de cust. reor. (48. 3). l. 2 D. de term. mot. (47. 21). l. 3. §. 1 D. de off. praef. vig. (1. 15). l. 11 §. 2 D. de poen. (48. 19).

4) s. auch noch Ziegler quaest. ad j. Rom. qu. 1. u. 2. Niccolini quist. di diritto. II. p. 38 sq.

5) s. das Gutachten v. Savignys b. Beseler S. 50 f.

ab [1]), nach Analogie des Civilrechts bestimmte Grade von allgemeiner Anwendbarkeit aufzustellen, wobei denn die culpa levissima soweit an den casus hinabgerückt wurde [2]), daß man dringend darauf aufmerksam machen mußte, daß „die Menschen keine Engel seien" [3]). Dieselbe abstrakte Auffassung mit der Möglichkeit, den Anfangspunkt der strafbaren culpa im Geist der Abschreckungspolizei beliebig hinauszurücken, findet sich auch im bair. GB. [4]) (Art. 68. I.). Dagegen ist neuerdings dringender die Nothwendigkeit hervorgehoben worden, die im §. angegebene Grenze zu setzen [5]). Auch haben mehrere neuere Gesetzgebungen hiefür Sorge getragen, nur freilich nicht immer mit Glück [6]), da sie meist die individuelle Relativität des Anfangspunkts übersehen und sich mit der Abstraktion einer „mäßigen, — gewöhnlichen — mittleren" Sorgfalt begnügen, womit ohne jene erste Rücksicht gar nichts entschieden und der wesentliche Unterschied zwischen Strafrecht und bürgerlichem Recht gar nicht in's Auge gefaßt ist.

2) Was die Grade der culpa betrifft, so haben die älteren Kriminalisten fast durchgängig solche, und zwar als absolute, — nach der im Civilrecht herkömmlichen Eintheilung in der Regel die drei [7]) Grade: c. lata, levis, levissima aufgestellt [8]). Sie fassen die Eintheilung lediglich quantitativ auf und wissen sich von den Formeln des (übrigens) mißverstandenen römischen Civilrechts noch nicht loszumachen. Indessen lag eine Annäherung zu einer richtigeren, d. h. konkreteren Auffassung darin, daß in der Regel wenigstens zwischen dem versari in re illicita und in re licita unterschieden wurde [9]), auch wohl nach der näheren

---

1) s. bes. Carpzov qu. 27. n. 29 sq. qu. 39. n. 28—31. vgl. mit Damh. c. 85. n. 10—12 einerseits und Böhmer Obs. ad C. qu. 27. Obs. 2 andrerseits.

2) s. die subtile Unterscheidung von homic. casuale ex casu improviso und casu fortuito bei Carpz. l. c. n. 54 sq. (der sie freilich nur auf die Wergeldsfrage nach sächs. Recht noch anwendet) und seinen dort angeführten Vorgängern.

3) Böhmer Obs. cit. obs. 3. s. indessen schon Clar. §. homic. n. 4.

4) s. übr. Art. 68. II. u. 102, wo doch einige Rücksicht auf die Individualität genommen ist. Ebenso im hannövr. GB. Art. 119 (A. M. Leonhardt S. 226 (ob.).

5) Oersted Grundr. S. 234—237. Weber im N. Arch. VII. 561. 562. Stübel Syst. II. §. 279. 280. Bauer Abh. I. 288. Feuerbach Lb. §. 58. Mittermaier z. F. §. 55. n. 3. Heffter §. 68. (die Ausnahme hinsichtlich des Gemeinkundigen ist im Widerspruch mit dem Prinzip). Krug Studien ꝛc. I. 63 f.

6) Wirt. Motive zu Art. 58 (aus Feuerb. abgeschrieben und durch Art. 246 nr. 2. desavouirt). Hess. GB. Art. 57 (Breidenb. I. 2. S. 15—18). Besser im bad. GB. §. 101. Thüring. Art. 30. s. Fälle bei Hufnagel III. 299 f. Sächs. krim. Jahrb. I. 283 f. Demme Annal. I. 103 f. VI. 118 f. XIV. 45 f. XVI. 253 f. Braun Hauptstücke Beil. 3. 4. N. sächs. Jahrb. 1851. S. 406—412.

7) Manche nahmen wohl auch 4—6 Grade an. Uebrigens bezeichnen Clar. u. Boss. es als Comm. opinio, daß nur die culpa lata kriminell zu strafen sei. Cl. §. homic. n. 4.

8) Damhouder c. 85. n. 10—12. Farinac. qu. 126. n. 27. Menoch. arb. quaest. II. 4. c. 324. n. 2. Carer. de homic. §. 3. n. 11. Ayrer de homic. II. n. 103. Carpzov qu. 27. n. 28 sq. Caepolla III. cons. 33. n. 14 sq. Böhmer Med. ad art. 146. §. 4. de Bye de lata culpa. Mencken de del. media culpa comm. Mögling de culpa leviss. Leyser sp. 602.

9) nur freilich nicht mit der widersinnigen Konsequenz, die Quistorp §. 37 u. A. zogen.

oder entfernteren Vermittlung des Kausalzusammenhangs [1]. Ueberhaupt fieng man im v. Jh. an, mehr und mehr einzusehen, daß hinsichtlich der Bestimmung der Grade sehr viel von den Umständen des einzelnen Falls abhänge [2]. Allein von Grund aus wurde die alte Lehre erst neuerdings erschüttert. Nicht sowohl durch die schon von Donellus eröffnete, zulezt von Hasse [3] durchgeführte Polemik gegen die dreigliedrige Abstufung der culpa im Civilrecht, — denn dies hinderte neuere Kriminalisten nicht, eine dreigliedrige Abstufung nur in andrem Sinn, d. h. je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Erfolgs [4], aber in derselben abstrakten Weise wie die früheren aufzustellen [5], während Andere in demselben abstrakten Geiste sich mit der zweigliedrigen Abstufung in c. lata und levis begnügten [6]. Den Hauptstoß erhielt vielmehr die ältere Lehre durch die aus philosophischer Betrachtung entsprungene Einsicht, daß a) wirkliche absolute Grade der culpa nicht bloß nach quantitativen Differenzen bestimmt werden dürfen, sondern zugleich einen qualitativen Unterschied zur Unterlage haben müssen [7]. In diesem Sinne unterschied Feuerbach [8] vier Arten der culpa, die er jedoch später auf zwei reduzirte [9], und welche jezt gewöhnlich als bewußte und unbewußte culpa bezeichnet werden; b) daß innerhalb der reinen culpa allerdings unendlich viele Abstufungen sich denken, aber sich nicht fixiren lassen, sowohl an sich nicht, als wegen ihrer durchaus relativen, durch die Individualität des Handelnden und die Umstände des konkreten Falls bestimmten Natur [10]; c) daß die Abstufungen der culpa im Civilrecht auf das Strafrecht nicht übertragbar sind, weil in beiden Rechtsgebieten der Handelnde in wesentlich verschiedenen Beziehungen zur Beurtheilung kommt [11]. — Diese richtige Ansicht ist übrigens schon im röm. Rechte thatsächlich ausgesprochen. Auch die P.G.O. sezt keine abstrakten Grade fest, sondern spricht nur allgemein das Richtige aus,

---

1) Böhmer l. c. §. 3. und Cons. Tubing. ib. cit.

2) s. bes. Leyser u. Böhmer l. c.

3) Die Kulpa §. 24 f. vgl. Schröter I. S. 114—116.

4) Filangieri IV. c. 37. Grolman §. 50. Abegg §. 86. Bauer Lb. §. 62. f. jedoch auch §. 99.

5) nach der größeren oder geringeren Leichtigkeit für den Handelnden, sich den Irrthum zu benehmen, — Puffendorf de culpa II. c. 4—6. Stelzer Grundſ. I. §. 22. Kleinschrod I. §. 30.

6) s. z. B. Schröter I. §. 73. Wächter I. §. 80. n. 58. Abegg §. 86 in der Anm.

7) A. M. Martin §. 35. n. 11. 12. und Marezoll S. 106. s. aber Berner Imput. S. 239. 240.

8) Bibl. f. peinl. R.Wiss. II. 215—225. s. dag. Oersted Grundr. S. 269. Henke Hdb. I. 357. 358.

9) Lb. 56. vgl. Grolman §. 48. Henke I. 359. Wächter I. 80. n. 59. Abegg §. 86. Bauer §. 61. Heffter §. 67. Berner Imput. S. 241 f. Die bewußte culpa gehört jedoch gar nicht hierher (s. u.).

10) Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 44 f. (wo er aber doch noch 2 Grade annahm). Lb. §. 58. Oersted Grundr. S. 256—269. Henke Hdb. I. 522. 523. Martin §. 61. Jarcke I. 203. 204. Marezoll S. 107. Berner Imput. S. 237 f. N. Rev. S. 238 ff. Eigenthümlich, jedoch sehr schwankend (s. not. 7. 8) Luden Hdb. I. 269—272. s. noch Mittermaier n. 1. zu F. §. 58. Michelet Moral S. 65.

11) N. Rev. a. a. O.

daß die culpa überhaupt größer oder geringer sein könne [1]. Von den neueren Gesetzgebungen hat nur die bairische (und nach ihr die hannövr.) eine abstrakte Abstufung zwischen grober und geringer Fahrläßigkeit gemacht [2], wobei aber, abgesehen von der Widernatürlichkeit und Willkührlichkeit der ganzen Unterscheidung, noch überdies der Unterschied der bewußten und der unbewußten culpa mit hereingezogen und die geringe Fahrläßigkeit übermäßig weit in das Gebiet des Zufalls hinein ausgedehnt ist. Die übrigen lassen sich entweder gar nicht (oder nur gelegentlich) [3] auf die Frage ein, oder sie nehmen nur den Satz auf, daß die Größe der culpa mit der Wahrscheinlichkeit des Erfolgs und seiner Voraussehbarkeit steige oder falle [4], was zwar im Wesentlichen richtig, wobei aber nicht gehörig herausgehoben ist, daß hiebei vom Standpunkt des Handelnden ausgegangen werden muß [5].

§. 67.

Die culpa bildet einen geringeren Schuldgrad, als der Vorsatz. Denn der kulpos Handelnde wußte und wollte nicht die wirkliche Existenz des rechtsverletzenden Erfolgs, sondern wollte nur dessen Bedingung, wobei es eben seine Schuld ist, die reale Möglichkeit des Erfolgs nicht in sein Wissen erhoben zu haben. Bei objektiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt mithin bei der kulposen Handlung nur ein theilweises Entsprechen von Willen und That vor, während bei der vorsätzlichen dieses Entsprechen vollständig ist.

Dies bemühen sich schon die älteren Kriminalisten zu zeigen, indem sie die culpa lata dem dolus entgegensetzen [6]. Ihre Ausführungen sind aber noch ohne großen Werth, da sie sich theils nur exegetisch verhalten, theils willkührlich die Verbrechen trennen, theils beim Eingehen auf die Sache die schwierige Frage über den dolus indirectus dazwischen tritt [7]. Mit Berufung auf das römische Recht ist sogar neuerdings noch Gleichstellung der c. lata mit dem dolus (wenigstens relativ) nach gem. Recht behauptet worden [8]. — Zuweit gegangen war

1) Art. 136. 146. Wenn übrigens Luden Hdb. I. 272 hier Grade der Strafbarkeit der culpa von Graden der culpa unterscheidet, so ist es schwer, hierin einen Sinn zu finden.

2) vgl. Wächter im N. Arch. XIV. 327. 328. n. 24. Luden Hdb. I. 271. n. 8. Leonhardt I. 230—232. Neue bair. Mot. z. Art. 5.

3) Z. B. Sächs. GB. Art. 43. Hess. Art. 199. 255. (Breidenb. I. 2. S. 15—18). Braunschw. (ed. Breym. S. 191) §. 64. nr. 7. Thilo S. 135.

4) Preuß. LR. II. 20. §. 29. Wirt. GB. Art. 59.

5) s. die Ausführungen bei Hufn. II. 47—51. Not. S. 931. III. 293—297. St.-GB. mit Anm. S. 228. n. 2. — s. unten §. 142. Anm. 3.

6) Gloss. z. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. Bartol., Hipp de Mars. ib. Ang. Aret. v. scienter. n. 1. 2. Clar. §. fin. qu. 84. n. 1. Farin. qu. 86. n. 22. Tiraqu. de poen. temp. caus. 14. n. 5. Menoch. II. 4. c. 324. n. 11. Gomez var. res III. c. 3. nr. 15. Carpzov qu. 1. n. 16. qu. 15. n. 23 ꝛc. Matth. ad l. 48. tit. 18. c. 4. n. 10. Böhmer Obs. 1. ad l. qu. 27. Berger Electa p. 167. 172 sq. A. M. waren Donellus u. Faber.

7) vgl. Langlaeus b. Böhmer l. c. Bloße Willkühr herrscht dagegen bei Leyser sp. 154. med. 9. 10.

8) s. z. B. Klien N. Arch. I. 249. vgl. dag. Kleinschrod I. §. 30. 31. Hasse S. 551—53. Wächter I. §. 82.

es dagegen, wenn man das Verhältniß zwischen culpa und dolus in Zahlen ausdrücken zu können meinte [1]). Ebensowenig taugen die Abstraktionen im bair. und hannör. GB. über die Strafbarkeit der culpa im Allgemeinen [2]).

§. 68.

Die kulposen Handlungen sind mit denjenigen, welche den Inhalt der Polizeiübertretungen ausmachen, insofern relativ identisch, als beide gefährliche Handlungen darstellen (§. 18). Gleichwohl findet zwischen beiden auch ein sehr wesentlicher Unterschied statt. 1) Das Prinzip desselben liegt in der Verschiedenheit des Begriffs und Zwecks bei der Polizei und der Rechtspflege. Jene hat es nämlich nicht mit dem an sich Unrechten und dem wirklichen Unrecht zu thun, sondern lediglich mit dem Wohle, zu welchem Behufe sie unter Andrem auch solche Handlungen bei Strafe verbietet, welche, an sich indifferent, die reale Möglichkeit des Unrechts in sich tragen. Die Rechtspflege hat es dagegen nur mit dem wirklichen in Existenz getretenen Unrecht zu thun, daher auch mit der kulposen Handlung nicht insofern sie bloß gefährlich, mögliches Unrecht ist, sondern nur insofern sich wirkliches Unrecht daraus entwickelt. 2) Eben deshalb setzt das kulpose Vergehen voraus, daß die rechtsverletzende Folge wirklich in's Dasein getreten sei. Erst durch diesen Effekt erhält die kriminelle Zurechnung desselben einen Inhalt, ja sie wird dadurch überhaupt erst möglich, da ohne denselben die Frage gar nicht entstehen könnte, ob der Handelnde diese — rechtsverletzende — Folge als realmögliche Folge seiner Handlung hätte voraussehen können. Dagegen fällt die gefährliche Handlung der Polizeistrafgerichtsbarkeit eben nur dann anheim, wenn es bei der bloßen Gefahr, der bloßen Möglichkeit des Unrechts geblieben ist. 3) Wie aber die kulposen und die Polizeivergehen in ihrer äußeren Erscheinung differiren, so unterscheiden sie sich auch wesentlich nach ihrem inneren Charakter. Wenn nämlich bei dem kulposen Vergehen seine eigenthümliche Qualität nur in dem aus der gefährlichen Handlung entbundenen existenten Unrecht liegt, so daß in dessen mittelbarer Beziehung auf den Willen des Handelnden eben das Wesen der culpa sich offenbart, so ist klar, daß auf das Polizeivergehen, bei welchem eben diese Beziehung hinwegfällt, der Begriff der culpa gar nicht anwendbar ist. Denn die gefährliche Handlung an sich ist stets eine vorsätzliche, mag

1) Feuerbach Kritik d. Kleinschr. Entw. II. 63—74. Martin Lb. §. 61. s. dag. Roßhirt Lb. §. 95. Oersted a. a. O.

2) s. dag. l. 5. §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. l. 4. §. 1 j. l. 3. §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). P.G.O. Art. 146. C. Maxim. I. 1. §. 3. Theres. art. 3. §. 3.

nun das Polizeiverbot wissentlich oder unwissentlich übertreten sein. — N. Rev. §. 102.

1) Eben das unter 1) angegebene Prinzip ist durchaus verkannt von Stübel [1]), wenn er Rechtsgefahr und Rechtsverletzung gleich behandelt, wiewohl in seiner Ausführung die Elemente zur Einsicht darüber liegen, warum die kulpose Handlung verbrecherisch ist. Wenn aber bei Stübel der rechtswidrige (kriminelle) Wille im gefährlichen (polizeiwidrigen) aufgeht, so löst sich nach der Anschauung Feuerbachs der kulpose Wille in den dolosen, d. h. das polizeiliche Unrecht in das kriminelle [2]) auf (was freilich nur daher rührt, daß F. das Strafrecht überhaupt unter den Gesichtspunkt der Polizei stellt). In beiden Fällen geht der spezifische Unterschied der erfolglos gebliebenen und der in Rechtsverletzung übergegangenen gefährlichen Handlung verloren [3]). Das eine Mal ist abstrakt auf die gefährliche Natur der Handlung, das andre Mal auf die Uebertretung des Gesetzes (des bestimmten Polizeigesetzes oder des allgemeinen zur diligentia verpflichtenden) reflektirt, daher die spezifische Nothwendigkeit des Erfolgs bei der kulposen Handlung dort nicht begriffen, hier zwar behauptet, aber nur mit kriminalpolitischen Gründen aufgestutzt [4]).

2) Das Uebersehen des ad 2) Gesagten hat Manchen verleitet, die verkehrte Vorstellung eines Versuchs der culpa oder eines kulposen Versuchs zu bilden [5]), welche sowohl dem Wesen der culpa, als dem des Versuchs durchaus widerspricht. Das positive gem. Recht ist unbedingt für den Grundsatz, daß eine kulpose Handlung ohne rechtsverletzenden Erfolg nicht anzunehmen sei [6]). Ebenso die neuen Gesetzgebungen, auch die Oestreichische, obwohl sie das kulpose Vergehen unter die Polizeiübertretung stellt [7]).

3) Das ad 3) Angegebene sieht man gewöhnlich darum nicht ein, weil man eine kulpose Rechtsunwissenheit oder Unachtsamkeit auf das Gesetz annimmt [8]), dadurch aber den Begriff der culpa verwirrt [9]). Hält man diesen in seiner ein-

---

1) N. Arch. VIII. S. 236—323 und hiernach Birnbaum im N. Arch. 1834. S. 171.

2) s. Oersted Grundreg. S. 251.

3) Die Konsequenz dieser Verwirrung der Gesichtspunkte ist die Behandlung der culpa im östreich. GB. s. dag. Kleinschrod N. Arch. VI. 58 ff., wo freilich meist nur äußerliche und sekundäre Momente geltend gemacht sind. s. auch Berner Imput. S. 231. 232. Michelet Moral S. 72. 79.

4) Oersted a. a. O. Bauer Abh. I. 287. vgl. Feuerbach Lb. §. 22. 55 und Grolman §. 49, der hier konsequenter ist. Unklar, zum Theil unrichtig ist die Auffassung bei Müller Verbr. geg. d. Integr. d. Eisenb. S. 106—119.

5) z. B. Grolman §. 49. Hepp Versuche S. 259 f. s. dag. bes. Schröter §. 90. Konopak im A. Arch. IV. 3. S. 39. Henke I. 254. 255. Martin Rechtsgutachten der Heidelb. Spr.-Koll. I. 34 f. Zachariä Lehre vom Versuch I. §. 27. 28.

6) L. 36. §. 1 D. de R. V. (6. 1) u. die S. 177. n. 2 angef. Stellen ad l. Corn. de sic. c. 12 X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 136. 146. Wenn Heffter §. 67. n. 5. die l. 5. §. 6. 11 D. de his qui dej. (9. 3) zum Beweis des Gegentheils anführt, so übersieht er eben, daß es sich hier von einem Polizeivergehen handelt.

7) Hye S. 302.

8) s. z. B. Feuerbach §. 57. Schröter §. 69. Henke I. §. 52. 55. Bauer §. 61. Heffter §. 67. Roßhirt Entw. S. 211. Dag. aber Luden Hdb. I. 246. n. 5. S. 286. n. 2.

9) Berner Imput. S. 244.

fachen Beziehung auf den vermeidlichen Irrthum hinsichtlich des faktischen Kausalzusammenhangs fest, so ergiebt sich von selbst, daß bei Polizeivergehen von einer kulposen Begehung gar nicht die Rede sein kann [1]). Wenn aber der Staat hier in der Regel [2]) Strafe droht ohne zu unterscheiden, ob der Handelnde das Verbot gekannt und absichtlich übertreten [3]), oder ob er es in vermeidlicher Unwissenheit nicht gekannt hat, so hat dies seinen guten Grund darin, daß hier die Handlung eben nur als eine dem Wohle gefährliche, schlechthin zu unterlassende verpönt, daher auch die Strafe nicht direkt auf die Gesinnung oder den Willen des Handelnden bezogen [4]), sondern die bloße Unachtsamkeit auf das Gesetz dem positiven Ungehorsam im Ganzen gleichgestellt wird [5]). Es ist jedoch unrichtig, dies so darzustellen, als ob hier zwischen dolus und culpa nicht unterschieden würde [6]).

§. 69.

Die kulpose Handlung steht zwischen Vorsatz und Zufall in der Mitte. Die vorsätzliche Handlung ist reiner Abdruck des Willens, die zufällige That reiner Abfall und Gegensatz davon. Während nun aber der Handelnde alles Zufällige gern von sich abweisen und nur das Vorsätzliche sich zurechnen lassen möchte, so tritt eben in der kulposen Handlung demselben die Macht des Naturkausalismus mit der Forderung gegenüber, von ihm anerkannt und relativ vertreten zu werden. Kann nun aber der Handelnde diese Forderung hinsichtlich der realmöglichen Folgen, deren Bedingung seine Handlung war, nicht von sich abweisen, so muß er den Naturkausalismus noch um so mehr in Beziehung auf die Handlung selbst anerkennen und vertreten. Die subjektive Willkühr, die im Begriff des Vorsatzes liegt, muß sich vor dem objektiven Zusammenhang der Handlung als eines von dem Belieben des Subjekts unabhängigen, in sich abgeschlossenen Ganzen beugen. Der Wille, so auf die Substanz der Handlung (ihren wesentlichen Thatbestand) bezogen, ist nicht mehr (bloß subjektiver) Vorsatz, sondern (auf ein objektiv für sich Bestehendes absehende) Absicht. N. Rev. §. 103.

1) Bei dem mit Ueberlegung handelnden Zurechnungsfähigen fällt der Vorsatz stets mit der Absicht zusammen. Gleichwohl müssen beide Begriffe aus-

---

1) Baumeister Bem. H. 1. S. 12. 22.

2) Ausnahmen will man im röm. Recht finden (Wächter, Heffter rc.). s. jedoch Luden a. a. O.

3) Auf den bewiesenen Ungehorsam allein stützt Feuerbach §. 22 das Polizeistrafrecht, was zu eng ist und wiederum eine Verwirrung zwischen dem Gebiete des Rechts und der Polizei enthält.

4) s. Kuhn Polizeistrafrecht S. 67 f., der freilich die Hauptgründe nur nebenbei anführt, übrigens manche treffenden praktischen Bemerkungen macht. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 497.

5) Heffter im N. Arch. XII. 147. 148. Hélie VIII. 276—278. Goldtammer I. 240. d.

6) Dieser fast allgemeine Irrthum findet sich auch N. Rev. §. 102. 159. und neustens wieder bei Berner Wirkungskreis d. Strafges. S. 47.

einandergehalten werden, schon deshalb weil beides auch auseinanderfallen kann (z. B. bei Zurechnungsunfähigen, welche Vorsätze fassen und ausführen können, denen keine Absicht unterlegt werden darf), besonders aber wegen der Frage über den Beweis des dolus [1]). Auch von diesen praktischen Momenten abgesehen, müßte es aber deshalb geschehen, weil nur durch die hier gegebene Begriffsentwicklung das, worauf es hier wesentlich ankommt, in's rechte Licht tritt, d. h. die Einsicht, wie das Recht des Ichs, nur das sich zurechnen zu lassen, was es als das Seinige gesetzt hat, an dem Rechte der Objektivität seine Schranke und seine konkrete Erfüllung findet [2]). — In dem Begriffe der vorsätzlichen Handlung als solcher liegt das Mangelhafte, daß das Maß des Zuzurechnenden sich nur nach dem subjektiv willkührlichen Maß des Wissens und Wollens richtet, hiebei mithin die innere eigene Natur der Handlung noch nicht als wesentlicher Faktor anerkannt wird. Daher wird in einem positiven Rechte, das den dolus vorwiegend in der Bedeutung des Vorsatzes faßt (d. h. ohne den Begriff der Absicht noch deutlich entwickelt zu haben), eben die objektive Seite der Handlung diejenige sein, die hinter der subjektiven zurückbleibt und vornämlich nur als Medium der Willensäußerung in Betracht kommt. Desgleichen wird eine philosophische Entwicklung, welche an dem abstrakten Gedanken des Vorsatzes festhängt, den konkreten Inhalt, welchen der dolus durch den Begriff der Absicht erhält, durch irgend etwas Anderes, namentlich z. B. durch die Beziehung des Vorsatzes auf das Strafgesetz zu ersetzen suchen müssen, dabei aber stets in die Lage kommen, die Grenzen der Lehre von der Zurechnung zu verwirren [3]).

2) Das positive Recht, von welchem so eben die Rede war, ist das römische, welches eben nur die bisher aufgeführten Stadien der Entwicklung des Schuldbegriffs durchgemacht hat [4]). Abgesehen nämlich von dem Privatstrafrecht, in welchem nur die Eigenthumsbeschädigung (damnum inj. datum) von Gewicht ist, zeigt das öffentliche Strafrecht seit den 12 Tafeln den einfachen Gegensatz zwischen dolus und casus [5]), zwischen welchem sich erst um Hadrians Zeiten der Begriff der culpa als ein strafrechtlicher hervorarbeitet. Eben hierin liegt der schlagende Beweis, daß dem subjektiven (politisch-ethischen) Geiste des römischen Strafrechts das Thatmoment beim Verbrechen als das Sekundäre galt [6]). Hiedurch aber charakterisirt es sich gegenüber dem germanischen Rechte. In dem Gebiete des dolus selbst drückt sich jenes subjektive Uebergewicht dadurch

---

1) Daher ist der Einwurf von Berner Theiln. S. 98 unstatthaft. — Die treffende Bemerkung von Baumeister (Bem. H. 1. S. 34. 35) über den naturgemäßen Gebrauch der Bezeichnungen: Absicht und Vorsatz läuft auf den bereits erörterten Unterschied von Krim. und Polizeivergehen hinaus.

2) N. Rev. S. 245—247. vgl. Hegel §. 118. 119.

3) N. Rev. S. 321—329. 331. 332.

4) s. Meine Schrift: Mord und Todtschlag. S. 141 f. Rein S. 144—167.

5) Mord u. Todtschlag S. 42 f. vgl. Luden Abh. I. 57 f. Rein S. 146. Not. (wo gerade der Nerv der Sache unberührt bleibt), dag. S. 148. Pfotenhauer Einfl. d. Irrth. b. versuchten Verbr. S. 124. n. 166.

6) Berner Imput. S. 267 f. Oberflächlich ist Luden a. a. O. S. 79—81. Noch mehr Hepp im N. Arch. 1846. S. 313—325, welcher überdies gegen Windmühlen ficht. s. auch Roßhirt Entw. S. 231. 232, der aber mit Unrecht die Römer gerade hierin besonders juristisch findet.

aus, daß zwar begreiflich immer irgend eine thatsächliche Aeußerung gefordert [1]), weiterhin aber die Thatseite nur als das untergeordnete Erscheinungsmedium für den verbrecherischen Willen behandelt wurde [2]). Hiernach ist klar, daß der Begriff der Absicht dem römischen Rechte nicht gefehlt haben kann, da sonst von einem Beweise des dolus ex re nicht die Rede sein könnte [3]). Ebensowenig aber war er zu seinen Konsequenzen entwickelt, worin vor Allem die selbständige Berechtigung der Thatseite gelegen hätte. Deshalb ist zu behaupten, daß in dem römischen Begriff des dolus das subjektive Moment des Vorsatzes überwiegt. Hiefür sprechen a) die Formeln, in welchen das röm. Recht den dolus zu bezeichnen pflegt [4]): voluntate, consulto, proposito, sponte, data opera, fraude, sciens, sciens prudensque, sciens dolo malo, voluntas nocendi, malus animus, consilium. In allen diesen Bezeichnungen drückt sich gerade das Wesen des Vorsatzes aus: die Reflexion über die Thatumstände, die Bedingungen und Momente des Handelns, und der Entschluß, in verbrecherischer Richtung thätig zu werden. Der strafrechtliche dolus war hiemit zugleich von dem civilrechtlichen hinreichend unterschieden [5]); b) die bis zu Justinian hin trotz der allmäligen Entwicklung der strafrechtlichen culpa im Ganzen stehengebliebene einfache Entgegensetzung von dolus und casus; c) der Umstand, daß die unten zu beschreibenden Mittelstufen zwischen dem Vorsatz (propositum) und der reinen culpa, — der impetus und die luxuria — unter die culpa subsumirt wurden.

C) Absicht. (Dolus).

§. 70.

Durch die Erfahrung gewitzigt, daß die vom Naturgesetze beherrschte äußere Welt kein selbstloses Instrument für den Willen sei,

1) L. 18 D. de poen. (48. 19) u. a. Stellen bei Rein S. 127—129.

2) Mord u. Todtschl. S. 112 f. Rein S. 118. f. die Lehre vom Versuch. — Cic. p. Mil. 7. p. Tull. 22. de inv. II, 7. 33. Sen. de ira I, 16. II, 26. 31. Juven. Sat. XIII, 208 sq. Paul. R. S. V, 23, 3. L. 1. §. 3. l. 7. 14 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 5. pr. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). l. 1. C. Th. ad l. Jul. de amb. (9. 26). L. 1. pr. D. de extr. crim. (47. 11). Coll. I. 7, 6. Gaj. IV. 178. l. 225. D. de V. S. (50. 16).

3) Cic. p. Tull. 10 sq. ad Herenn. I, 14. II, 3. 4. 14. L. 1. §. 2 D. de doli mali exc. (44. 4). l. 1. §. 3 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). Wening im N. Arch. II. 194—237.

4) L. 1. §. 3. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 5 C. eod. (9. 16). — Paul. R. S. V, 3, 6. L. 14 §. 9 D. de aed. ad. (21. 1). L. 5. §. 2. l. 11 §. 2. D. de poen. (48. 19). l. 6 D. de susp. tut. (26. 10). l. 225. D. de V. S. (50. 16). l. 7. §. 3. C. Th. de haeret. (16. 5). — L. 1. D. de leg. (1. 3). l. 16 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). — Gaj. IV. 202. §. 11 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). — L. 1 C. ad l. Corn. de sic. (9. 16). — Paul. R. S. I, 9. 6. L. 1. §. 3. l. 2 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). L. 12 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 9 C. eod. (9. 9). l. 1. 6. §. 2 D. ad l. Fab. (48. 15). l. 53. §. 10 D. de furt. (47. 2). l. 9 D. de incend. (47. 9). l. 1 C. de sep. viol. (9. 19). l. 1 C. de his qui latr. (9. 39). l. 9. §. 3 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). — L. 3. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 2. §. 2. D. vi bon. rapt. (47. 8). Cic. p. Tull. 10. 13. 14.

5) s. bes. Cic. de off. III. 14. L. 1. §. 2 D. de dolo (4. 3). l. 7. §. 9 D. de pact. (2. 14). l. 26 D. de V. O. (45. 1). L. 4 D. de doli mali exc. (44. 4). j. l. 13. §. 9 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 2. §. 8 D. vi bon. rapt. (47. 8).

erkennt der Mensch, daß das subjektiv willkührliche Maß seines Vorsatzes nicht das Maß der Zurechnung seiner That sein könne. Ebenso gewiß ist ihm aber das Andere, daß der Wille das bewegende Prinzip in der Handlung ist (§. 58) und darum selbst an der eigenen objektiv innerlichen Natur der letzteren keine absolute Schranke hat, sondern aus ihr sich zum Selbstgenuß in sich zurücknimmt. Der Wille, so der objektiven Natur der Dinge als einer keineswegs schlechthin durch ihn bestimmbaren, ebensowenig aber ihn zu absorbiren fähigen gegenüber stehend, findet eben an ihr das Maß seiner rechtlichen Verantwortlichkeit (§. 56), indem er als Absicht eben nur die objektive Natur einer bestimmten Handlung zum Inhalte seines Vorsatzes macht. Sowie nun aber der Wille über dieses Maß hinausschreitend stets sich selbst zu seinem Ziele macht (als Zweck), so kann er auch — als Einheit von Wissen und Wollen — unter jenem Maße zurückbleiben, indem entweder die objektive Natur der Handlung zwar gewußt, aber nicht gewollt, oder aber dieselbe zwar gewollt, aber nicht deutlich gewußt wird (luxuria, impetus). Der Prozeß des Willens gegenüber der objektiven Natur der Dinge verläuft sich sonach in drei Stadien. 1) Mittelstufen zwischen culpa und dolus, — 2) (Formelle) Absicht — dolus, 3) (Materielle) Absicht, Zweck [1]).

1) Mittelstufen zwischen culpa und dolus.

§. 71.

a) Die kulpose Handlung als solche ist stets eine unabsichtliche, weil das Wesen der Absicht gerade die Einsicht in den naturnothwendigen Zusammenhang der Handlung zur Voraussetzung hat, beim kulpos Handelnden aber mittelst eines vermeidlichen Irrthums die Wahrnehmung der Bedingungen fehlt, aus deren Zusammenwirken mit seinem Handeln sofort nach dem Naturgesetz der rechtsverletzende Erfolg entstand. Er hat diesen Erfolg nicht positiv gewollt und konnte ihn nicht wollen, weil er ihn nicht vorhergesehen hat, obwohl er ihn hätte vorhersehen können. Seine Schuld besteht eben in dem

---

1) s. die zu §. 64 angef. Liter. Dazu Kleinschrod I. §. 14 f. Renazzi Elem. I. c. 5. Gönner Revis. d. Begriffs d. dolus. Tittmann I. §. 101 f. Henke I. §. 54 f. Schröter §. 65 f. Wächter I. §. 78 f. Jarcke I. §. 27. Martin §. 34 f. Abegg §. 83 f. Heffter §. 63 f. Rosendael de dolo in del. D'Anethan de meditato del. Mittermaier im N. Arch. II. 515 f. Weber eb. VII. 549 f. Roßhirt eb. VIII. 369 f. Kitka eb. 1835. S. 219 f. Birnbaum eb. 1837. S. 276 f. 473 f. Zeiller in Pratob. Mat. VIII. nr. 5. Stöckhardt in Elvers Themis. II. nr. 9. Luden Hdb. I. 237 f. Schaffrath Thatbestand §. 297. Berner Imput. S. 178 f. Kitka in: der Jurist. 1842. S. 42 f. Zirkler in Weiskes Rechtslex. III. 466 f.

Nichtaufmerken auf die in seiner eigenen Handlung eingeschlossenen Bedingungen jenes Erfolgs. Von dem Falle des kulposen Handelns unterscheidet sich hiernach wesentlich der Fall, wenn der Handelnde diese Bedingungen bedacht, gleichwohl aber in der Hoffnung, daß der Erfolg nicht eintreten werde, in frevelhaftem Leichtsinn die als gefährlich erkannte Handlung ausgeführt hat (luxuria). In dem Bewußtsein über die objektive Natur der Handlung liegt das, was diese Schuldform über das Gebiet der culpa hinausrückt. Dagegen unterscheidet sie sich von der Absicht (dolus) dadurch, daß der Handelnde gerade die Konsequenz jener objektiven Natur der Handlung zu vermeiden hofft. Offenbar steht aber diese Schuldform dem dolus sehr nahe und setzt, damit sie nicht geradezu in ihn sich auflöse, zweierlei voraus: 1) daß der Erfolg nicht als ein wegen Vorliegens sämmtlicher Bedingungen seiner Wirklichkeit unvermeidlicher (nothwendiger), sondern bloß als ein möglicher (weil es an der vollen Summe der Bedingungen fehlte) vorhergesehen wurde; 2) daß auch der als bloß möglich vorhergesehene Erfolg nicht (auch nicht eventuell) gewollt wurde. Ein Wollen desselben liegt aber auch schon dann vor, wenn der Handelnde nur gegen den Eintritt des Erfolgs gleichgiltig war. Daher kann luxuria nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen ist, daß der Handelnde den Erfolg abzuwenden gestrebt oder mindestens ein bestimmtes Interesse gehabt habe ihn zu vermeiden.

1) Die klassischen Namen für diese Schuldstufe (luxuria, lascivia) stammen aus dem römischen Recht [1]), ohne daß man in diesem einen genauer abgegrenzten Begriff derselben nachzuweisen vermöchte, da vielmehr die qualitative Bezeichnung offenbar in der bloß quantitativen (culpa lata, dolo proxima) sich verflüchtigt [2]). Jedenfalls achtete das röm. Recht dieselbe für strafbarer, als bloße incuria, negligentia, ignorantia [3]), zählte sie aber auch nicht zu dem dolus [4]), den es als Vorsatz auffaßte. Auch die P.G.O. deutet in den Art. 134. 136. 146. („leichtfertiglich, verwegentlich, vorhergehende Warnung, Geilheit") eine Schuldstufe an, die höher sei, als die bloße Unfürsichtigkeit [5]). Sie setzt sie dem Fürsetzlichen, Geverlichen entgegen, womit jedoch nicht gesagt ist, daß sie dieselbe geradezu als culpa [6]), sondern nur, daß sie dieselbe nicht als dolus, namentlich nicht als

1) L. 11 D. de incend. (47. 9). l. 4. §. 1. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16). Coll. I. 11.

2) s. die angef. Stellen j. l. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 12 pr. D. de cust. reor. (48. 3). Coll. XIII. 5. Ziegler quaest. nr. I. Heffter §. 67. n. 2. Berner Imput. S. 281—283. Heusler l. c. p. 8 sq. Mittermaier n. 2. z. F. §. 56.

3) A. M. Luden Hdb. I. 268. n. 5. s. dag. Birnbaum N. Arch. XIII. 263. n. 71.

4) A. M. zum Theil Heffter §. 96. n. 1.

5) Birnbaum a. a. O. S. 264. 265.

6) Dagegen spricht besonders das Projekt v. J. 1529. Art. 137. [143]. Birnbaum a. a. O. S. 255. 256. Hier stand die Geilheit noch dem impetus gleich.

propositum auffasse. — Wenn sie dieselbe übrigens der culpa näher, als dem dolus stellt [1]), so scheint dies im Sinne der italienischen Praktiker geschehen zu sein, welche in dieser Lehre fast durchgängig sich an den Buchstaben des römischen Rechts halten [2]). Zwar findet sich schon bei einigen von ihnen [3]) die erste Spur der Auffassung des Begriffs der Absicht. Allein die bestimmtere Lehre vom dolus indirectus gehört erst der deutschen Jurisprudenz und blieb hier die herrschende bis zum Ende des v. Jhs. Was nun übrigens den Fall der luxuria betrifft, so tritt er in dieser älteren Doktrin keineswegs in seiner Eigenthümlichkeit heraus. Sie stellte ihn bald unter die culpa, bald unter den dolus; jenes dann, wenn es sich eben nur von einer gefährlichen Handlung (ohne Begleitung einer dolosen) handelt, dieses wenn die luxuria in Konkurrenz mit einer dolosen Handlung auftritt [4]). Im ersteren Falle wurde dann aber keineswegs zwischen Bewußtsein oder Nichtbewußtsein von der gefährlichen Natur der Handlung unterschieden, vielmehr Alles auf den Unterschied des versari in re lic. u. illic. (locus, tempus, modus) und der culpa latissima, lata, levior, levis, levissima gestellt [5]), und dabei der Unterschied zwischen lascivia und imprudentia nur nebenbei und ohne bestimmte Auffassung seines Wesens mit aufgeführt [6]). Im andern Falle wußte sie ebenso wenig den Begriff der luxuria von dem des dolus abzugrenzen. Von der richtigen Ansicht ausgehend, daß die Absicht aus der Natur der Handlung erschlossen werden könne, fehlte sie darin, daß sie sofort die verschiedenen Fälle nicht gehörig sonderte. Zwar wurde der Begriff des dolus indirectus ganz richtig in dem Falle ausgeschlossen, wenn entweder der Erfolg nach der Beschaffenheit der Handlung an sich ein sehr unwahrscheinlicher war, oder erst dem Eintritt einer der Natur der Handlung selbst fremden, wenn auch etwa voraussehbaren Bedingung zuzuschreiben ist [7]). Dagegen wurde im Uebrigen nicht unterschieden, ob der Erfolg unvermeidlich oder bloß wahrscheinlich war, und ob letzteren Falls der Handelnde ihn wirklich voraussah, oder nur hätte voraussehen können oder sollen [8]). Wenn aber auch später der erstere Unterschied gemacht wurde [9]), so gieng man doch nicht zum lezteren fort, sondern bestand darauf, daß bei einer gefährlichen Handlung überall mindestens eventueller dolus angenommen werden müsse, falls nicht der Handelnde in re licita versirt habe oder aus den Umständen

---

1) s. das angef. Projekt und P.G.O. Art. 146.

2) s. z. B. Clarus §. homicid. n. 1 sq.

3) Aeg. Bossius de homic. n. 71 sq. vgl. Gomez var. resol. III. 3. n. 17. 18. und Bald. u. Salyc. ib. cit. vgl. selbst Clar. §. fin. qu. 89. n. 5 (beim Mandat). Carrer. pract. §. homic. 5. nach n. 63. §. circa n. 73. Monticell. prax. crim. reg. 7. n. 58 sq. Menoch. cas. 352. n. 3. und die Consil. b. Bajard. ad Clar. l. c. Drogh. ib. Caepoll. Cons. 35—38.

4) Auch solche Fälle rechneten Clarus u. a. Italiener noch zur culpa §. homic. n. 5. s. jedoch vor. Note; beim Mandatsexzeß macht schon Clar. die Folgen des actus ex sui natura geltend, die zum dol. zu imputiren seien.

5) Carpzov qu. 37. n. 9. 29—31.

6) Schilter Exerc. ad Pand. 49. §. 124. Leyser sp. 602. med. 10—13. 24. Böhmer med. ad art. 146. §. 4. ad art. 137. §. 6. nr. I. s. dag. schon Caepoll. Cons. 30. 31.

7) Bossius l. c. n. 75. Carpzov qu. 1. n. 62. 63.

8) Carpzov qu. 1. n. 28 sq.

9) s. bes. Böhmer Elem. S. II. §. 202. not. Ad Carpz. qu. 94. 1. obs. 2. und Med. ad art. 137. §. 6. vgl. Leyser Sp. 660. med. 35.

gewiß sei, daß er das größte Interesse gehabt habe, den Erfolg zu vermeiden (resp Affekt od. dgl. eingetreten sei) [1]). So viel nun auch hierin Richtiges liegt (s. den §. a. E.), so lag darin doch eine unstatthafte Vermischung des dol. eventualis mit der luxuria und eine praesumtio doli bei einem nicht unvermeidlichen Erfolg und nicht erwiesener Gleichgiltigkeit gegen die Folgen. Namentlich ist dies in der Dissert. von Glänzer (Nettelbladt) der Fall [2]), deren Aufstellungen sofort gegen Ende des v. Jhs. Gegenstand entschiedener Angriffe wurden [3]). Der Werth dieser Angriffe ist jedoch noch immer sehr überschätzt [4]). Denn obwohl man Recht hatte, wenn man nach und nach — übrigens keineswegs zuerst [5]) und stets mit Klarheit — aus dem älteren Begriffe des dolus indirectus manche Fälle ausschied, die keineswegs zusammengeworfen werden dürfen (namentlich den bloß ex re bewiesenen direkten dolus [6]), den dolus eventualis [7]) und die Fälle der Konkurrenz von dolus und reiner culpa [8]), so hat man doch gerade den richtigen Grundgedanken der älteren Theorie, der in der Erweiterung des Begriffs des dolus als bloßen Vorsatzes zu dem Begriff der Absicht besteht [9]), nicht verstanden und ist eben deshalb den Schuldstufen des impetus und der luxuria nicht gerecht geworden, welche die ältere Theorie in dem ganz richtigen Bewußtsein, daß hier mehr als bloße culpa vorliege [10]), mit unter den indirekten dolus subsumirt hatte. Den Hauptfehler, daß nur dolus und culpa, nicht aber Mittelstufen zwischen beiden anerkannt werden [11]), theilt jedenfalls die neuere Doktrin

---

1) Böhmer l. c. Leyser Sp. 16. med. 5. Sp. 602. med. 17. Sp. 603 (sehr interessant). Berger Electa p. 91. Struv. obs. crim. c. 7. §. 26. Püttmann Elem. §. 36. n. 17. Koch Instit. §. 439 sq. Quistorp I. §. 35. Klein Grunds. §. 122. 123. vgl. Henke Gesch. II. 270—272. 340 f.

2) D. de homic. ex intent. indir. commisso. 1756. Nettelbladt hallische Beitr. z. Jur.Gel.historie II. 572 f. Hier ist stets positives Bewußtsein der Folge gefordert.

3) Christiani im Kiel. Mag. f. Gesch. I. 3. nr. 24. II. 3. Püttmann D. de dist. inter animum occ. dir. et indir. elimanda. bes. aber Feuerbach in d. Bibl. I. 2. S. 234 f., dem die meisten Neueren nachgeschrieben haben. — s. dag. Eschenbach de dolo indir. v. Hoff üb. Verbr. aus indir. Absicht. v. Soden Geist d. peinl. Gesetzgeb. I. §. 8—14. Klein Grundsätze §. 123 und Annal. II. 62. III. 52. IV. 70. XII. 159. Kleinschrod I. §. 18—23. Meister N. Arch. I. 106 f. Schröter §. 67. Jarcke I. 196 f. Luden Hdb. I. 254. n. 11.

4) z. B. von Berner Imput. S. 258. s. dag. N. Rev. S. 295—330. und jetzt bes. Krug a. a. O.

5) Selbst die Erfindung der culpa dolo determ. war schon längst von Beyer ad T. de priv. del. Pos. 2. gemacht.

6) s. schon Böhmer Elem. l. c. P. v. Lichtenhoff de infantic. b. Püttmann cit.

7) s. Böhmer med. ad art. 137. §. 4. Eschenbach p. 71.

8) Diesen Unterschied übersah selbst Carpzov nicht, der freilich hier eben wie die Gegner des dol. indir. nur culpa annahm.

9) Die von Feuerbach und Grolman neu begründete praesumtio doli war hiefür ein schlechter Ersatz. s. das Richtige b. Hegel §. 119, der gerechter ist, als Berner u. A. s. auch Henke I. §. 57 und Luden a. a. O.

10) In demselben Gefühle der Verlegenheit, wohin diese Mittelstufen zu stellen seien, machten viele Aeltere aus dem dol. indir. eine bloße praesumtio doli und nahmen, je nachdem diese durch die Folter bestätigt oder entfernt wurde, dolus oder culpa an.

11) Dies hebt jetzt auch Krug hervor, wobei er jedoch gegen die N. Rev. mehrfach sehr ungerecht ist.

mit der älteren. Abgesehen nämlich von dem (viel zu weit ausgedehnten Fall) der sog. culpa dolo determinata stellt sie jene Fälle nur entweder unter den dolus, oder unter die culpa. Namentlich mit der luxuria thut ersteres z. B. Klein[1]) (obwohl er sie vom dol. event. richtig unterscheidet), lezteres dagegen Feuerbach und mit ihm die große Mehrzahl der neueren Kriminalisten[2]). Gleichwohl ist auch hierbei ein Fortschritt insofern zu bemerken, als von der einen und andern Seite her der Fall entweder als leichterer dolus, oder als schwerere culpa bezeichnet wird. Hiemit ist in praktischer Beziehung, d. h. in der zulezt allein entscheidenden, das Richtige zugegeben, — daß die luxuria[3]) eine Mittelstufe zwischen dolus und culpa bilde, was nur aus theoretischem Eigensinn nicht systematisch fixirt wird[4]) (freilich nicht ohne großen praktischen Nachtheil, da die Gesetzgebung sich leicht dadurch verführen läßt, die luxuria mit zu hohen oder — nach der Mode des Tages — mit zu geringen Strafen zu bedrohen)[5]). — Indessen fehlt es auch nicht an Theoretikern, welche von den Fesseln der Feuerbachischen Schuldlehre sich insoweit zu befreien gewußt haben, daß sie die Zwischenstellung der vorliegenden Schuldstufe mehr oder minder deutlich aussprachen[6]). — Von den neueren Gesetzgebungen stehen die früheren noch auf dem Standpunkte der Annahme eines dol. indir., daher sie kein Bedürfniß hatten, die luxuria besonders hervorzuheben, wo sie in Verbindung mit dolus auftritt; die einfache erwähnen sie nicht[7]). Das Bair. (und nach ihm das Hannöv r.) GB. führt sie als einen Fall der c. lata auf. Das sächs., hess., braunschw., bad. GB. heben sie nicht hervor[8]); dagegen geschieht dies im Wirtemb. (aufgehoben) und (indirekt §. 45) im thüring. GB.[9])

2) Hält man, wie man muß, an den im §. a. E. angegebenen Bedingungen fest[10]), so wird der Fall der einfachen luxuria ein ziemlich seltener sein, vielmehr

---

1) Grundsätze §. 121—123. Ebenso v. Almendingen Bibl. II. 2. S. 16—18. 46. 63. Konsequenter Weise sollte es auch Grolman thun, da er mit v. Soden von „einwilligender Schuld" spricht. Grundſ. §. 48. not. a.

2) Die Originalität zeigt sich nur in der Titulatur: nahe, unmittelbare, bewußte, proxima culpa, Fahrläßigkeit, Frevelhaftigkeit, Muthwille ꝛc.

3) zunächst für sich, und noch abgesehen von der sog. culpa dolo determ., welche Fälle die ältere Doktrin sehr mit Recht auseinanderhielt.

4) Der Einwurf hiegegen von Berner Theiln. S. 142. 143. ist nichtssagend, da der Unterschied des dol. determ. u. eventualis mit dem zwischen luxuria u. reiner culpa nicht zu vergleichen ist. Hebt doch auch B. das Positive in dem animum abvertere richtig heraus.

5) A. M. Berner eb. S. 154. s. aber Hufnagel Str.GB. mit Anm. S. 60. not. 1. 2. u. bes. Feuerbach nachgel. Entwurf IV. art. 4.

6) s. Weber N. Arch. VI. 347. 348. VII. 571—573. vgl. eb. VIII. 350. Wirth Ethik I. 133. Heffter §. 67. 70. not. 7. Roßhirt Gesch. und Syst. II. 213. N. Rev. S. 306. 307. (Jarcke I. §. 28. hat gerade die luxuria nicht gehörig gewürdigt, während er im Uebrigen ganz auf dem richtigen Wege war). Baumeister Beitr. §. 4—6. Breidenbach I, 2. S. 19. 20.

7) s. bes. das Preuß. LR. II, 20, §. 28.

8) ebenso der sächs. Entw. Natürlich auch nicht das preuß. GB. u. der bair. Entwurf.

9) daß die luxuria nach allen neueren Gesetzgebungen im Durchschnitt viel zu gering bestraft wird, ist nicht zu läugnen. s. Mittermaier n. 2. z. F. §. 58.

10) Breidenbach a. a. O. u. S. 57—59. Verwirrt ist diese Grenze bei Baumeister a. a. O., schon in Beziehung auf das, was er als luxuria aufführt, noch mehr hinsichtlich dessen, was er Ruchlosigkeit nennt. vgl. Erachten üb. d.

wegen Gleichgiltigkeit gegen die Folgen dol. eventualis angenommen werden müssen. Eben deshalb sollten aber auch die Strafbestimmungen für beiderlei Fälle einander viel näher gerückt sein, als es derzeit überall der Fall ist.

§. 72.

b) Dem Fall des frevelhaften Handelns gegenüber steht der des Handelns im Affekte (impetus). Im ersteren Falle lag der mögliche rechtsverletzende Erfolg einer an sich gefährlichen Handlung im Wissen, aber nicht im Willen. Im letzteren dagegen lag der unvermeidliche Erfolg einer an sich rechtswidrigen Handlung im Willen, aber nicht, d. h. nicht deutlich im Wissen. Dieses Handeln unterscheidet sich vom kulposen wesentlich dadurch, daß der Wille positiv auf die Handlung gerichtet war, welche die Rechtsverletzung als unausbleiblichen Erfolg in sich schloß. Dagegen erreicht es auch noch nicht den Begriff des absichtlichen Handelns, welches — sowohl bei bestimmter als eventueller Billigung des Erfolgs — das deutlich entwickelte Bewußtsein der objektiven, diesen Erfolg als nothwendig in sich schließenden Natur der Handlung voraussetzt [1]). Denn gerade dieses deutliche Bewußtsein fehlt bei dem im Affekte Handelnden, welcher die Handlung vielleicht unterlassen haben würde, wenn er sich ihre Konsequenz klar hätte vorstellen können. Daß er dies nicht vermochte und infolge hievon eine Wirkung hervorbringt, die er bereuend als die seinige von sich abwälzen möchte, — dies ist eben die Macht des das Bewußtsein trübenden, die Möglichkeit der Ueberlegung aufhebenden Affekts, welchem sich preisgegeben zu haben, dem Handelnden als culpa zuzurechnen ist.

1) Die Hauptsache, daß der impetus eine Mittelstufe zwischen reiner culpa und reinem dolus (propositum) bildet, ist von dem positiven Rechte aller Zeiten unbedenklich anerkannt. — Mag auch, was das römische Recht betrifft, zur Zeit des ordo judic. publ. das Handeln im impetus dem dolosen Handeln gleichgestellt

---

Einführung eines Krim.GB's in Meklenb. S. 109. Krug S. 31. 32. 40—42, wo aber die Polemik gegen die N. Rev. gänzlich verfehlt ist. Denn, wenn dort auch die luxuria unter die (unpassende) Rubrik: dol. indir. gestellt wurde, so zeigte ja die Ausführung deutlich genug, daß sie keineswegs mit dem, was man gewöhnlich unter dolus versteht, identifizirt, sondern auf's Bestimmteste von ihm unterschieden, als geringere überwiegend kulpose Schuldstufe dargestellt wurde! vgl. Berner Theilnahme S. 142. Im Gegentheil hebt gerade Krug die im Ganzen richtig gesetzte Grenze zwischen luxuria und dolus durch die unbegreifliche Behauptung wieder auf, daß auch in der luxuria eine eventuelle Ergebung in den Erfolg liege. (S. 2. 24. 25. 74., wo ich zugleich mit für Berner, der nicht erwähnt wird, herhalten muß). Auch Müller Verbr. geg. die Integr. d. Eisenbahnen S. 121 ff. mißversteht das in der N. Rev. Ausgef., und trägt dem a. E. des §en Gesagten zu wenig Rechnung. s. dag. Krug S. 80.

1) Die Polemik bei Berner Theilnahme S. 116—118 kann ruhig dem öffentlichen Urtheile überlassen werden.

worden sein [1]), so wurde doch, seit überhaupt eine feinere Entwickelung des Schuldbegriffs möglich wurde, diese Gleichstellung aufgehoben und der impetus zwischen propositum und reiner culpa als Mittelglied aufgeführt, wobei denn nach dem Grundcharakter des röm. Rechts, das den dolus als propositum auffaßt, der impetus nur der culpa als ihr höchster Grad zugetheilt werden [2]) kann. — Die feinere psychologische Würdigung des Affekts darf unfehlbar im älteren germanischen Rechte noch nicht gesucht werden. Jedenfalls umfaßt der astus animus [3]) ein Mehreres (wahrscheinlich jede offene, nicht hinterlistig, boshaft, oder mit unehrlichen Mitteln, nach vorausgegangener Aufreizung zugefügte Verletzung) [4]). Gleichwohl tritt schon damals die eingeschränktere Auffassung des astus animus als iratus animus im Gegensatz von berathenem Muth, Vorbedacht hervor, und zwar so, daß das Handeln in jenem für weit geringer strafbar erklärt wird, als das Handeln mit Vorbedacht [5]). Nur ist dies Hervortreten sowenig als in den Rechtsdenkmalen des Mittelalters ein dem Gedanken genügendes, da es sich gemäß dem die Thatseite voranstellenden Charakter des deutschen Rechts vorerst in sinnliche Formen kleidete [6]) (Verletzung ohne Beleidigung, kaltblütige, grausame Ausführung, unehrliche Vollziehungsmittel, Heimlichkeit der That od. Verheimlichung des Geschehenen, 2c. 2c.). Doch tritt auch hier das subjektive Moment wenigstens da hervor, wo der verwerfliche weitere Zweck, das eingegangene Komplott 2c. 2c. über den Vorbedacht keinen Zweifel läßt [7]). Jedenfalls hat die P.G.O. in offenbarer Anschließung an das römische Recht dem unbeholfenen Gedanken des früheren Rechts zur Klarheit verholfen [8]). Denn sie nimmt im Art. 137 offenbar

1) Sehr natürlich, weil es noch keine kriminelle culpa gab. s. Meine Schrift: Mord und Todtschlag S. 194—202. (bes. die dort citt. Stellen von Cicero).

2) Ebend. S. 161—191. 202 f. A. M. Luden Hdb. I. 257. n. 6. Elvers prakt. Arbeiten S. 231—259. s. aber auch Roßhirt N. Arch. VIII. 391. 392. u. Entw. S. 69—76. Rein S. 210—213. Platner quaest. p. 307. Krug S. 77. 78.

3) Ganz allgemein = voluntas kommt es doch wohl nur selten vor, und hängt, wo es vorkommt, mit der Vorstellung zusammen, daß der gewöhnliche Ursprung der Uebelthat in dem Zornmuth liege. Wilda S. 561. vgl. 576. Ed. Roth c. 146. 252. 349. 350. j. c. 34. 43. 282. u. L. Alam. LIX, 1. L. Fris. XXII, 1.

4) Im Gegensatz von dem, was sine causa, damnabili causa, verübt wurde, Decr. Childeb. II. a. 596. c. 5. (P. I. p. 10). L. Burg. II, 1, 2. Regino II, 11., sowie von dem heimlichen Handeln. L. Alam. V, 2. L. Bajuv. VIII, 10. XIII, 11. §. 2. Wilda S. 563—570.

5) L. Alam. X. XLI, 1. Jüt. Low. II, 30. L. Henr. I. 80, 14. Ed. Roth. c. 34. 282. L. Wisig. VI, 4. c. 3. v. Richthofen fries. Wörterb. v. Mod. Ire. Wilda S. 560—562. Auch hier kommt dann aber vor, daß der Thäter gehalten ist, seine That selbst aus freien Stücken zu verkünden. eb. S. 577. 578.

6) Konfus dargestellt b. Trummer Vorträge I. 393 f. vgl. III. 388—392. u. noch mehr b. Mittermaier n. 1. z. F. §. 54. s. dag. schon Birnbaum N. Arch. XIII. 254. S. 253. n. 55. u. Lappenberg Einl. z. d. Hamb. RA. S. 1 ff. — s. die Utrechter Stat. u. das Limburger LR. 2c. b. Birnbaum a. a. O., Hamb. Urkunde 1292 b. Lappenb. Urk.-Buch I, 861. Schwäb. LR. c. 174. Wiener Stadtr. 1221. c. 29 (Gaupp II. 245). Gosl. Stat. (Gösch.) 91, 24—36. Ostfries. LR. (v. Wicht) III. c. 91. vgl. III, 17. 18.

7) Gloss. z. sächs. LR. II, 13, §. 4. L. Alam. XLI, 1. vgl. Hamb. Stadtr. b. Trummer I. 395.

8) Ueber die entgegenstehenden Ansichten von Jarcke u. Birnbaum s. Meine Schrift: Mord u. Todtschlag S. 1—16.

den Gegensatz zwischen propositum und impetus auf und setzt den Schuldgrad des letztern entschieden unter den des ersteren [1]). —

2) Gleichwohl hat die ältere Doktrin und Praxis hier ebenso wie bei der luxuria den Fortschritt der P.G.O. nicht gehörig gewürdigt und in der eingefleischten Tendenz, der Thatseite das Uebergewicht einzuräumen, den Fall des impetus einfach dem Begriff des dolus indirectus subsumirt, dabei aber doch das Gefühl gehabt, daß es sich hier von einer Mittelstufe zwischen dolus und culpa handle [2]). Auf demselben Standpunkt, nur ohne jenes Gefühl, stehen auch die meisten Gesetzgebungen bis zum laufenden [3]) Jahrh. Die Folge davon war, daß ungerechter Weise und gegen den Willen der P.G.O. das impetu begangene Verbrechen ebenso streng bestraft wurde, als das in dolo dir. verübte [4]). Die Angriffe auf den dolus indirectus hatten jedenfalls das Gute, daß nunmehr auch das Handeln im impetus aus seiner Vermengung mit verschiedenen andern Schuldformen losgetrennt und Gegenstand eigenthümlicher Beurtheilung wurde. Feuerbach [5]) namentlich glaubte nun, den impetus einfach unter der Rubrik des dolus indeterminatus unterbringen zu können, jedoch mit Unrecht, da mindestens seine Definition des dolus kaum mit der Natur des Affekts vereinbar, der impetus überdies wieder mit andern viel strafbareren Fällen in Eine Klasse geworfen war und eben wegen der einseitigen Auffassung des dolus bei Feuerbach viele, ja wohl die meisten Fälle des impetus zur bloßen culpa d. det. herabsinken mußten [6]). Andre haben daher die Eintheilung des dolus in praemedi-

---

1) Die P.G.O. thut dies unter ausdrücklicher Mißbilligung entgegenstehender Gewohnheiten, und das Projekt v. 1529 zeigt, daß man sogar die luxuria dem impetus gleichstellen wollte. s. auch Zöpfl Bamb. R. S. 112—114.

2) s. bes. Böhmer ad art. 137. §. 4. Nettelbladt Diss. §. 44. Leyser sp. 603. n. 4. Steinmetz D. de imput. doli indir. 1789. p. 39. vgl. Püttmann, Eschenbach l. c. Klein Annal. III. 17. IV. 78. IX. 334. s. auch Clarus §. homic. n. 1 sq., der das homic. dolosum in rixa od. calore iracundiae neben das homic. culposum, und dem homic. deliberatum (ex proposito) entgegenstellt. Bei ersterem sei Begnadigung gewöhnlich, nicht bei letzterem.

3) Die ältere Ansicht, welche die Prämeditation in anderweitigen Kennzeichen suchte, zeigt sich namentlich in der Beschränkung des Begriffs des Mords auf Raubmord, Meuchelmord u. dgl., was selbst bei solchen Schriftstellern vorkommt, die den dol. indir. vom dol. dir. unterscheiden. s. z. B. Kurpfälz. LR. 1582. V, 16. 17. Herz. preuß. LR. 1620. VI. Tit. 5. Art. 1. §. 5. Bad. LR. VII, 17. C. Maxim. c. 3. §. 11 f. Der Gesichtspunkt des dol. indir. macht sich offen geltend eb. §. 2. Theres. I. Art. 3. §. 2. II. art. 83. §. 3. Preuß. LR. II, 20. §. 806. 811—815. Oestr. GB. §. 1. 117. 123. u. selbst noch Bair. GB. Art. 41. 149.

4) Einige älteren Gesetzgebungen folgen allerdings der P.G.O., z. B. das Hamb. Stadtr. 1603. IV, 16. 17. Das östr. GB. setzt nicht den impetus, sondern die Tödtung aus c. d. det. niedriger in der Strafe. Dagegen thut jenes das Bair. Art. 151, welches hiemit den impetus von dem dol. indir. ablöst.

5) Bibl. II, 1. S. 231 f. Lb. §. 59. n. 1. vgl. Grolman §. 52. Zachariä Versuch I. §. 30. (wo aber vom impetus gesagt wird, daß er auch unter den Fall des dol. determ. fallen könne. — vgl. Bauer Abh. I. S. 274. 275). Derselben Meinung, wie Zachäria, sind Berner Theilnahme S. 125. 126. u. Krug S. 44. Die Braunschw. Mot. führen sogar die Eintheilung in d. praemed. u. repent. nur unter der Rubrik des d. determ. auf.

6) Daher die Erscheinung, daß auf den Grund der neueren auf F. fußenden Gesetzgebungen der Todtschlag in der Regel nur als Tödtung aus c. d. d. bestraft wird. s. §. 76. Anm. 2.

talus und repentinus zu einer selbständigen neben der in determ. und indeterm. erhoben [1]). Indessen verhehlte sich Feuerbach selbst nicht, daß die Handlung im impetus von der dolosen wesentlich verschieden, daß ein kulposes Element darin sei [2]). Schon Christiani hatte behauptet, daß der dol. indir. überhaupt sich stets in bloße culpa auflöse [3]). Kleinschrod rubrizirte den impetus theils unter den dol. event., theils unter die culpa [4]), Schröter nur unter die leztere [5]). Werner sprach von einem dolus culpa determinatus [6]). Richtiger dagegen haben Andre behauptet, daß der impetus (wie die luxuria) eine Mittelstufe zwischen dolus und culpa bilde [7]), und es ist wiederum nur ein theoretischer Eigensinn, wenn dies von den meisten neueren Rechtslehrern nicht anerkannt wird, während sie doch das praktische Moment, d. h. die weit geringere Strafbarkeit der impetu begangenen Handlungen, ebenso bereitwillig zugeben [8]), wie es die neueren Gesetzgebungen namentlich bei Gelegenheit der Tödtung und Körperverletzung, und außerdem bei der allgemeinen oder wenigstens theilweisen Aufführung des Affekts als Strafmilderungsgrunds thun [9]).

2) Formelle Absicht (Dolus).

§. 73.

Das in den beiden vorigen Schuldformen sich kundgebende Mißverhältniß zwischen Wissen und Wollen hebt sich zur gleichgewogenen Einheit beider Momente auf in dem Begriffe der Absicht

---

1) Mittermaier im N. Arch. II. 530—532. Weber eb. VII. 563. 564. Martin §. 34. Abegg §. 83. Anm. §. 84. Bauer Abh. I. 272 f. Heffter §. 65. 66. Marezoll S. 105. 106. Berner Imput. S. 181 f. Andre begnügen sich, den Affekt unter den Mild.gründen aufzuführen (z. B. Tittmann, Henke, Wächter &c.).

2) Krim. Rechtsfälle II. 166. Luden Hdb. I. 255—258 verkennt gerade dies. s. dag. N. Rev. S. 297—299.

3) s. übrigens Krug S. 19.

4) Syst. Entw. I. §. 14. 20.

5) Hdb. S. 112. n. 1 u. §. 126. s. auch Ziegler Theilnahme am Verbr. S. 90—92.

6) Hdb. §. 274.

7) Roßhirt im N. Arch. VIII. 377 f. Jarcke I. §. 28. N. Rev. §. 111. 112. vgl. Marezoll S. 108, n. 1. Baumeister Bemerk. 1. S. 37. 38. u. selbst Bauer a. a. O. u. Vergleich d. urspr. hann. Entw. S. 129. 130. Wirth Ethik I. 134.

8) s. z. B. Martin §. 34. 61. Heffter §. 97. Marezoll S. 105. n. 5. Luden Hdb. I. 255 f. vgl. auch Zirkler im Rechtslex. III. 494 f.

9) Wesentlich dasselbe, was hier (vgl. N. Rev. §. 111) vom impetus behauptet ist, wird von Krug allgemeiner von der unbestimmten Absicht (dol. generalis) auszuführen gesucht. Der Unterschied ist daher nur, daß er noch in einigen weiteren Fällen (außer dem Fall der „Frau v. Reibnitz“ wird es nicht viele geben) die fragliche mittlere Schuldstufe annimmt. Hiernach ist es ungerecht, wenn er (S. 76) nur bei Berner eine Erörterung des fraglichen generellen Wollens gefunden haben will, das in der N. Rev. entwickelt und gerade von B. verworfen wurde. Wenn man sich aber das Ignoriren zur Noth gefallen lassen kann, so muß man sich doch gegen offenbare Verdrehungen verwahren, wie sie S. 43. n. 5 vorkommen! s. jezt auch Otto üb. den Versuch 1854. S. 77.

(dolus), welche nichts Andres, als den durch die objektive Natur der Handlung selbst bestimmten, d. h. mit deutlichem Bewußtsein auf die Hervorbringung der Handlung ihrem Begriff (ihrer allgemeinen Qualität, ihrem wesentlichen Thatbestande) nach gerichteten Vorsatz darstellt. Die Absicht ist hiernach a) stets vorsätzlich, d. h. sie schließt jedes kulpose Element, direkt und indirekt, von sich aus. Das Gewollte muß ebenso deutlich gewußt, als das Gewußte positiv gewollt sein. Sie enthält also als charakteristisches Moment die Ueberlegung (propositum, Prämeditation, Berathung). b) Diese Berathung hat jedoch jetzt nicht mehr die subjektive Willkühr, sondern die objektive Natur der Handlung zum Maß. Wo nämlich ein Zurechnungsfähiger überall mit Ueberlegung handelt, da kann er nicht die einzelnen Seiten der Handlung auseinander halten, sondern muß sie als organische Einheit wissen und wollen. Ein solcher kann sich daher bei vorliegender Totalität einer in sich wesentlich einigen Handlung nie mit der Behauptung hinaushelfen, daß sein Vorsatz nur auf die Veränderung einiger Seiten der Sache gegangen sei, muß sich vielmehr durch den inneren Zusammenhang der Handlung als eines in sich wesentlichen Ganzen der hierauf gerichteten Absicht überweisen lassen. c) Im Begriff der Absicht erscheint sonach das Recht des Subjekts mit dem der Natur der Dinge als ausgeglichen, und sie stellt mithin auf subjektiver Seite die höchste Schuldform dar. N. Rev. §. 104—107 [1]).

1) Während im öffentlichen Strafrechte der Römer (§. 69 Anm. 2) der dolus vorwiegend subjektiv als Vorsatz aufgefaßt ist, so herrscht im deutschen umgekehrt von jeher seine Auffassung als Absicht und zwar die längste Zeit selbst mit einseitigem Uebergewicht des Thatmoments vor (s. u.). Indessen haben die Ausdrücke für den dolus nichts Bezeichnendes [2]). Volksrechte und Kapitularien bedienen sich der Ausdrücke: inimicitia, invidia, superbia, praesumtio, despectio, malum ingenium, ausus temerarius, damnabilis causa etc. [3]), wobei bereits bemerkt ist, daß der Form des astus (iratus) animus das Handeln ex priori disposito, mit bedachtem Muthe ꝛc. als das Schwerere entgegengesetzt wird [4]). Im MA. kommen für dolus die Ausdrücke: Vorsate, Opsat, Vorrat, Dankes von Willen, Frevel, Schuld ꝛc. vor. In der P.G.O. boshaftig, geverlich, williglich, fürsetzlich, arglistig, muthwillig, freventlich, wissentlich ꝛc. [5]).

---

1) Hegel §. 118—120. Berner Theilnahme S. 120—124.

2) Das kanon. Recht braucht malum studium, animus laedendi, voluntas propria. Caus. 15. qu. 1. c. 10. Caus. 23. qu. 8. c. 32. Cap. 22. X. de homic. (5. 12).

3) L. Bajuv. XI, 7. §. 1. XIII, 11. §. 2. L. Sal. em. X, 11. XXXVI, 4. XL, 5. Ed. Roth. 360. Decr. Childeb. a. 596. c. 5. (P. I. p. 10). L. Burg. II, 1. 2.

4) Bei Regino wird unterschieden: spontanea voluntate, diabolo suadente, sponte, voluntarie et per insidias, odii meditatio, — u. dagegen, was per iram et rixam et ebrietatem subito geschieht.

5) Art. 113—115. 121. 131. 133. 134. 146. 148. 170. 176—178.

2) Der Aufstellung des indirekten dolus von Seiten des älteren Kriminalisten lag der ganz richtige Gedanke zu Grunde, daß der überhaupt vorsätzlich Handelnde den der eigenen objektiven Natur seiner Handlung immanenten Erfolg nicht von sich abweisen könne [1]). Dabei gieng man freilich viel zu weit, indem man auch bei bloß als möglich vorhergesehenen oder vorhersehbaren Folgen die Einwilligung des Thäters supponirte, d. h. eine unstatthafte praesumtio doli aufstellte und überdies die Schuldformen der luxuria und des impetus mit der des eventuellen dolus und bloßen Fällen der Konkurrenz von dolus und culpa bunt durcheinander warf. Dagegen hat nun Feuerbach bei Bekämpfung dieser älteren (wesentlich im germanischen Rechtsbewußtsein wurzelnden) Theorie offenbar das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Abgesehen von den theilweise offenbar irrigen Argumenten Feuerbachs, hat er gegenüber der von Klein, Kleinschrod, Grolman u. A. vorgenommenen Erbschaftstheilung des indirekten dolus, wobei man immer noch an dem gesetzlichen (ganz richtigen) Unterschied zwischen dolus und culpa festhielt, zuerst mit rückhaltsloser Entschiedenheit das auch von jenen festgehaltene Präventionsprinzip geltend gemacht, d. h. den ganzen bisherigen Unterschied zwischen dolus und culpa weggeworfen, die culpa im Wesen dem dolus assimilirt und den letzteren eben nur als Vorsatz, d. h. als Vorsatz der Gesetzübertretung bestimmt [2]). Der fallen gelassene Begriff der Absicht wurde durch die praesumtio doli ersetzt, und mit Hinzunahme der Aufstellung der culpa dolo determ. schien allen Erfordernissen an eine brauchbare Schuldlehre genügt zu sein. In der That hat auch diese Schuldlehre ein so großes Glück gemacht [3]), daß selbst die Polemik gegen sie bis auf unsre Zeit noch immer in ihren Grundgedanken befangen geblieben ist, obgleich Feuerbach selbst bereits Einräumungen gemacht hat, bei denen das Prinzip nicht mehr bestehen kann. Es sind daher zwar immer mehrere von den Konsequenzen des F'schen Prinzips angegriffen worden; da man aber nicht prinzipiell verfuhr, so ist die Schuldlehre der neueren Doktrin (und folgeweise der neueren Gesetzgebungen) ein eklektisches Aggregat.

3) Die früher herrschend gewesene Meinung, daß zum dolus die Absicht zu schaden gehöre [4]), ist durch die Feuerbachische Lehre verdrängt worden, — zum Theil mit Unrecht, sofern darin jedenfalls die nothwendige Beziehung des dolus auf die objektive Natur der Handlung ihren Ausdruck gefunden hatte [5]), dagegen mit Recht, sofern jene Beziehung auf rohe, für eine Reihe von Verbrechen gar nicht anwendbare Weise [6]) materialisirt, und zugleich die Gefahr gegeben war, die schiefe Vorstellung des (weiterhin mittelst der Handlung bezielten) Zwecks in

1) s. auch Krug a. a. O.
2) N. Rev. S. 307—330.
3) s. bes. die Schriften von Kleinschrod, Grolman, Bauer, Oersted.
4) Sie stützte sich besonders auf l. 1. C. ad l. Corn. de sic. (9. 16) u. wurde bes. im französ. Rechte eifrig festgehalten. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 300 f.; sie findet sich aber auch im Pr. LR. II, 20. §. 26. u. im Oestr. GB. §. 1. (was freilich Kitka u. A. sowenig anerkennen wollen, als daß dieses GB. noch den dol. indirectus enthalte; Hye S. 148).
5) Hierin liegt die Berechtigung zu den Ehrenrettungen jener älteren Theorie, wie sie Birnbaum a. a. O. S. 493 f. u. A. versuchen. vgl. Roßhirt eb. VIII. S. 373. Zirkler im Rechtsler. III. 474—476. Krug a. a. O.
6) Kitka im N. Arch. 1835. S. 233.

den Begriff des dolus einzumischen [1]). — Was nun aber die Definition des dolus nach Maßgabe der Präventionstheorie betrifft, so hat Feuerbach selbst schon zuerst die Konsequenz abgelehnt, daß zum dolus nicht bloß Bewußtsein der Strafgesetzwidrigkeit der Handlung überhaupt, sondern auch Kenntniß der Art und Größe der angedrohten Strafe gefordert werden müßte [2]). Er ersetzte jedoch den Mangel durch die Präsumtion der Kenntniß der Gesetze [3]). Jedenfalls aber hängen die F'schen Sätze so genau mit der Abschreckungstheorie zusammen [4]), daß sie bei denen, welche das Prinzip aufgaben, zum Mindesten eine neue Begründung erhalten mußten [5]). Sobald nämlich das Wesen des Verbrechens nicht mehr bloß in der Uebertretung des zur Abschreckung, Warnung ꝛc. ꝛc. bestimmten Strafgesetzes gesucht wurde, sondern in der Idee des Unrechts als solchen seine Begründung fand, so fiel jedenfalls die direkte Nothwendigkeit weg, das vollständigere oder unvollständigere Bewußtsein des Strafgesetzes zum nothwendigen Erfordernisse des dolus zu machen [6]). Anstatt des Strafgesetzes selbst mußte jetzt die durch das Strafgesetz verpönte Handlung als solche zum Inhalt des dolus gemacht werden. Hiemit war eben der Begriff der Absicht gegeben, d. h. die Beziehung des Vorsatzes auf den Kern einer in sich als Ganzes bestimmten Handlung. Daß im Gebiete des Strafrechts eine solche Handlung den Charakter der Verletzung des Rechts als solchen und der Strafbarkeit nach positivem Gesetz haben müsse, verstand sich allerdings von selbst. Eine ganz andre Frage war aber, ob das Bewußtsein dieses Charakters als nothwendiges Requisit in den Begriff des dolus aufzunehmen sei? Viele ließen nun zwar das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit als Requisit des dolus mit Recht fallen, hielten aber das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fest [7]). In der That läßt sich auch eine verbrecherische Absicht ohne dieses Bewußtsein nicht denken. Allein eben deshalb, weil die verbrecherische Eigenschaft in der objektiven Natur der Handlung liegt, kann sie nicht in den von dem sittlichen oder unsittlichen Charakter der Handlung an sich unabhängigen Begriff der Absicht aufgenommen werden [8]). Vielmehr gehört die Frage, welchen Einfluß der Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit habe, gar nicht in die Lehre von der Handlung, welche dadurch

---

1) Mittermaier im N. Arch. II. 526. Weber eb. VII. 560. X. 450. Breidenbach I. 2. S. 34.

2) Rev. II. 42—44. ebenso Kleinschrod I. §. 15. 16. 144. Salchow Darstellung I. 12. 13. s. dag. Wächter I. S. 119. 120 u. Unterholzner Entw. d. philos. Grunds. eines Strafsyst. S. 294. Mühlenbruch im Civ. Arch. II. 399 f. Henke Hdb. I. 334. 335. Roßhirt N. Arch. IX. 501.

3) Lb. §. 86. vgl. Oersted Grundr. S. 231. 271 f.

4) s. daher auch Tittmann Hdb. §. 92. Bauer Abh. I. 251—253. 262 f.

5) Diese sucht man aber bei Mehreren vergebens; s. z. B. Schröter §. 66. Sekundär spuckt die Feuerbachische Begründungsweise noch bei Marezoll S. 91. 104.

6) Gleichwohl behielten Viele dieses Requisit bei. s. z. B. Mittermaier im N. Arch. II. 521—524. Abegg Lb. S. 132. 145. Henke Hdb. I. §. 54. Roßhirt Entw. S. 165 u. N. Arch. IX. 497 f. Heffter §. 64. 66. Weber im N. Arch. VII. 556—560.

7) s. z. B. Heffter a. a. O. Hepp Vergl. d. hann. Entwürfe S. 18. Wächter arg. Lb. I. S. 119. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 489 f. vgl. XI. 138.

8) Gönner Rev. d. Begriffs d. dolus, S. 39 f. Jarcke Hdb. I. 189. Luden Hdb. I. 240. n. 7. S. 246 n. 5. N. Rev. S. 619 f. Berner Imput. S. 59 f. Breidenbach I, 2. S. 36 f. Arnold im N. Arch. 1843. S. 522—528.

nur verwirrt wird. In der That sehen sich auch Alle, welche zum dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (in verschiedenen Wendungen) als nothwendiges Requisit fordern, in der Nothwendigkeit, bei der Lehre vom Rechtsirrthum sich mehr oder minder mit sich selbst in Widerspruch setzen zu müssen [1]). — Die theoretische Einseitigkeit und Verwirrung hat sich denn auch in den neuen Strafgesetzgebungen abgelagert. Auf dem Feuerbachischen Standpunkte steht das bair. GB. Art. 39. (71), welches die praesumtio doli und der Rechtskenntniß zum Ersatz bietet. Ihm folgt das hannövrische Art. (41. 84.) ohne die Keckheit jener Konsequenz, wogegen das preuß. LR. und das östreich. GB. das Labirinth dieser Widersprüche noch glücklich vermieden hatten [2]). Von den übrigen neueren Gesetzgebungen erkennen die sächs. [3]) und wirtemb. [4]) mindestens indirekt das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit als Requisit des dolus an, sofern sie ihn nur durch die Unwissenheit über die Art und Größe der Strafe nicht ausgeschlossen werden lassen. Die Folge ist aber, daß diese Gbücher eben wie das bair. und hannövrische sofort bei der Frage über Rechtsunwissenheit und Rechtsirrthum sich geradezu widersprechen müssen. Mit Recht haben daher das braunschw. [5]), hessische [6]), badische, thüringische Gb. jenes Requisit weder direkt, noch indirekt aufgestellt, sondern sich damit begnügt, die Beziehung auf die Handlung als solche als das Wesentliche des dolus hervorzuheben, Ganz auf alle nähere Bezeichnung des dolus verzichtet hat nur das preuß. GB. [7]).

§. 74.

Indem der Handelnde mit seiner Absicht an die Wirklichkeit herantritt, um sie in ihr zu realisiren, so richtet sich der Artunterschied der Absicht eben nach den beiden Faktoren der Wirklichkeit, d. h. der Zufälligkeit und Nothwendigkeit. Entweder nämlich a) erkennt der Handelnde sämmtliche Bedingungen, aus denen nach dem naturgesetzlichen Verlauf die beabsichtigte Wirklichkeit hervorgehen muß, als vorhanden, d. h. er sieht die Nothwendigkeit des Erfolgs als eine unvermeidliche Folge seines Handelns ein (mag ihm nun an

---

1) s. N. Rev. S. 255 f. 619 f. u. unter allen Neueren bes. Luden a. a. O.
2) Nicht so die Kommentatoren; s. Jenull I. 119. Hye S. 137. s. aber S. 139.
3) Art. 31. j. 68. Weiß S. 293.
4) Art. 55. (jetzt weggefallen) j. 99. Hufnagel I. 101—104. 214—216. III. 637. 638.
5) §. 27. vgl. Motive S. 186—188 (gut).
6) Art. 58. Breidenbach I. 2. S. 28—43.
7) s. Beseler S. 36—47. s. auch den neuesten bair. Entw. Ueber die Frage, ob dies zweckmäßig sei, s. verschiedene Ansichten bei Kitka N. Arch. 1835. S. 219 f. Birnbaum eb. 1837. S. 276 f. 473 f. Mittermaier üb. d. neuesten Zustand ꝛc. S. 92 f. Fortbildung S. 172. N. Arch. 1850. S. 110—112. Hufnagel I. 101. 102. — Abegg Krit. d. Wirt. Entw. S. 36. 37. und N. sächs. Jahrb. VIII. 23. Bauer Abh. I. 268. 269. Hermann Beurth. d. sächs. Entw. S. 85. N. Rev. S. 330. Zirkler im Rechtslex. III. 480. 481. Braunschw. Mot. a. a. O. Eine Definition vermeidet auch der sächs. Entw. Art. 44. s. jedoch Art. 92. und bair. Entw. Art. 60., wogegen das preuß. GB. auch über die Rechtsunwissenheit schweigt. Goldtammer I. 334.

dem Erfolge spezifisch gelegen sein oder nicht), — direkte Absicht oder b) er erkennt, daß der Eintritt des Erfolgs noch von irgend welchen weiteren Bedingungen abhängt, deren Eintreffen bloß möglich (zufällig) ist, giebt aber zu ihrem wirklichen Eintritt eventuell seine Zustimmung, — eventuelle Absicht; c) Beides kann endlich zusammentreffen, d. h. der Handelnde beabsichtigt einen bestimmten Erfolg, sieht aber zugleich auch die Möglichkeit noch eines andern Erfolgs ein und willigt in diesen für den Fall seines Eintritts eventuell ein. N. Rev. §. 108 [1]).

1) In der neueren Doktrin stößt man noch auf eine Reihe andrer Eintheilungen des dolus [2]), die theils schief, theils nichtssagend sind. — Die besonders beliebte in d. praemeditatus und repentinus hat bereits ob. ihre Würdigung erfahren. Zu den nichtssagenden gehört die in dol. antecedens und subsequens, welche überdies völlig schief wird, wenn man sie mit der andern in d. ex proposito und ex re verwechselt [3]). Ebenso die in offenbaren und versteckten dolus. Zu den schiefen gehört die in reinen und gemischten dolus, welche nur den alten Unterschied von d. directus und indir. wieder aufwärmt, nicht minder aber die in generellen und speziellen dolus, welche ihrer Vagheit wegen schon das Verschiedenste hat bedeuten müssen [4]). Sofern allerdings mehreren dieser Eintheilungen mehr oder weniger der Unterschied von Vorsatz und Absicht und die richtige Einsicht, daß der dolus — auch ohne Geständniß eines propositum — ex re bewiesen werden könne, zu Grunde liegt, können sie wenigstens als Uebergänge zu besserem Verständnisse gelten.

2) Die allein bedeutsame Eintheilung ist die im §en aufgestellte, weil sie allein aus dem Begriffe der Absicht, d. h. des auf die Hervorbringung einer in ihrer objektiven Natur bestimmten Handlung im äußern Dasein gerichteten Vorsatzes hervorgeht [5]). Bei den älteren Kriminalisten wurde dieselbe durch die Ein-

---

1) Berner Imput. S. 184—188. Mit Unrecht wurde hier u. in der N. Rev. die eventuelle Absicht unbestimmt genannt. Die unbestimmte gehört unter die Form des impetus, der sie eben nicht zur bestimmten werden läßt.

2) Bauer Abh. I. 272 f. vgl. Weber N. Arch. VII. 562 f.

3) Stübel Syst. II. S. 55. Weber a. a. O. S. 564. 576. s. übrigens auch Heffter §. 71. not. 1.

4) In dem zuerst von Weber a. a. O. S. 577 f. bemerklich gemachten Sinn wird der dol. generalis unten näher erörtert werden. Gewöhnlich (s. z. B. Henke I. 348) fällt die Eintheilung mit der in dol. determ. u. indeterm. zusammen. Ueber den generellen dolus von Krug (der nichts als unser impetus, über den Affekt hinaus erweitert, ist) s. zu §. 72. Anm. 2.

5) Auffallend ist, daß Luden, der Hdb. I. 243—246 dem Begriffe der Absicht so nahe kommt, weiterhin die durch den Begriff der endlichen Wirklichkeit gebotene Unterscheidung des dolus in determ. (directus) und eventualis zu beseitigen sucht, und dadurch das Gebiet der culpa auf's Bedenklichste erweitert. Gegen jene Eintheilung polemisirt jetzt auch Krug, aber sehr unklar; denn zuletzt findet er sie nur überflüssig S. 72. 73; das Einzige, was man ihm zugeben kann, ist, daß man den dol. event. nicht indeterminatus nennen sollte. Mit dem S. 72 Zugegebenen steht aber der wiederholte Hader gegen den dol. event. der N. Rev. ganz im Widerspruch. S. 76 nennt er gar diesen dol. event. ein logisches Unding, während er selbst (wo es sich von Püttmann, Berner u. A. handelt) dieses logische Unding vollkommen als richtig anerkennt! S. 16. 17. 37. 68. 70. 71. (worin der große Unterschied zwischen

theilung in dolus directus und indirectus absorbirt, worin das Richtige allerdings im Keime lag, aber unter einer Vermengung verschiedenster Fälle nicht deutlich zu Tage trat, obwohl schon Beyer auf den Fall der Konkurrenz des dolus und der culpa, und besonders Böhmer auf den Fall des dolus eventualis, wo er neben einem dol. determ. auftritt, v. Soden auf den des reinen d. eventualis (einwilligende Schuld) aufmerksam gemacht hatten [1]). Seit nun Feuerbach gegen den alten dol. indir. den förmlichen Konkursprozeß einleitete, ist noch keineswegs volle Klarheit in der Eintheilung des dolus eingetreten [2]). Er selbst unterscheidet nur d. determ. und indeterm. s. eventualis [3]). Abgesehen aber davon, daß er unter culpa d. det. unfehlbar Manches begriff, was reiner dolus ist [4]), hat er den unbestimmten dol. auf eine so vage Weise geschildert, daß er dem alten d. indir. nur wenig nachgiebt; denn derselbe enthält neben dem impetus (den F. ausdrücklich als Beispiel wählt) den Fall des alternativen d., und den Fall mehrerer eventuellen doli ꝛc. und läßt dagegen andre Fälle bei Seite. Ueberhaupt war es gehaltlos und schief, bloß nach der Quantität der Erfolge zu unterscheiden, da ja auch mehrere doli determinati kumulativ vorkommen können [5]). Gleichwohl wurde auf jener Grundlage von Andern fortgebaut, namentlich von Weber [6]), der dem F'schen d. indeterm. den dol. altern. und den dol. event. (worunter aber der im §. unter c angef. Konkurrenzfall zu verstehen ist) zu Unterarten giebt. Dagegen theilt Wächter den dolus in 3 Arten: determ. (specialis), indeterm. (generalis s. alternativus), eventualis. Ebenso im Wesentlichen Heffter [7]). Schon Schröter [8]) u. A. machten jedoch darauf aufmerksam, daß die Eintheilung in bestimmten und eventuellen dolus (bei Schröter auch d. indir.) die Sache erschöpfe, ohne jedoch speziell den sog. d. alternativus auf's Korn zu nehmen. In der That haben sie auch vollkommen Recht. Der dol. alternativus als besondre species, und eben damit der d. indeterm., sobald er mehr od. etwas Andres, als den reinen dol. event. bezeichnen soll, lassen sich nicht halten. Die Eintheilung ist willkührlich und verwirrend [9]). Der dol. altern. löst sich vielmehr einfach in den dol. determ. auf [10]). Denn der Thäter wollte hier stets nicht

---

Wächter ꝛc. — u. Heffter ꝛc. liegen soll, ist nicht abzusehen; daß die event. Einwilligung eben aus der Handlung ersichtlich sein muß, versteht sich ja doch von selbst!). Der dol. event. bezeichnet den Punkt, wo die culpa (als luxuria) in dolus umschlägt.

1) Noch bei Klein sind impetus, luxuria u. dol. event. friedlich unter der Rubrik des indirekten dolus vereinigt.

2) s. auch Jarcke I. 198—200. Roßhirt Entw. S. 185 f.

3) Ebenso Henke d. gener. u. specialis (I. §. 54.), Werner §. 273. d. exclusive determ. u. d. inclusive s. alternative s. eventualiter determ. Martin §. 34.

4) N. Rev. S. 305—307. Roßhirt Entw. S. 187. Berner Imput. S. 259. Luden Hdb. I. 265. 266. Krug S. 50 ff.

5) Daher unterscheiden Einige zwischen d. determ. simplex u. d. determ. multiplex (den sie dann wieder in alternativus u. generalis theilen). Heffter §. 65.

6) N. Arch. VII. 563. 566 f. ebenso Abegg Lb. §. 84. Bauer Abh. I. 272—274. Zachariä Versuch I. §. 29. Mittermaier n. 1. z. F. §. 59.

7) Wächter Lb. I. §. 78. Heffter §. 65.

8) Hdb. S. 108. 109. vgl. Stübel Grundsätze. §. 71. not. c. Henke Hdb. I. 364—366. Geläugnet wird der d. event. N. Arch. V. 741—743 Note.

9) N. Rev. S. 261—263.

10) Im Grunde hat dies Weber selbst S. 569. 570 bereits offen anerkannt. s. auch Krug S. 62—66.

mehrere Erfolge nebeneinander, sondern nur je Einen mit Ausschluß des andern, nur daß er die nähere Bezeichnung desselben dem Zufall überläßt. Sobald daher der Eine eintritt, sind die andern als aufgegeben zu betrachten. Eben daher darf auch der Fall des d. altern. nicht als Konkurrenzfall behandelt werden [1]), wogegen diese Behandlung allerdings in dem Fall c. des §en eintreten muß [2]). Ohne Zweifel ist aber die Behauptung richtig, daß der dol. eventualis einen geringeren Schuldgrad bilde, als der dol. directus (determinatus), nur darf dies nicht auch auf den dol. altern. ausgedehnt, und der Fall des reinen d. event. nicht mit dem Fall seiner Konkurrenz mit einem d. determ. zusammengeworfen werden [3]).

3) In den gemeinrechtlichen Quellen sind die aus dem Begriff der Absicht entwickelten Unterschiede noch nicht, wenigstens nicht mit irgend entschiedener Bestimmtheit zu finden. Was dagegen die neueren Gbücher betrifft, so hat das preuß. Recht weder früher noch jetzt die betr. Unterscheidungen aufgenommen [4]). Im östr., bair., sächs. und hannövrischen Gb. verschwinden sie ganz oder theilweise in dem Begriffe des alten dolus indirectus [5]). Dagegen findet sich die Eintheilung des dol. in bestimmten und unbestimmten d. in den übrigen, und zwar bald mit der weiteren Unterscheidung des letzteren in d. altern. und eventualis [6]), bald ohne diese [7]). Dabei ist man sich jedoch über die in der vor. Anm. a. E. bemerklich gemachten Punkte noch keineswegs gehörig klar geworden.

§. 75.

Sowie ein (rechtsverletzender) Erfolg demjenigen, durch dessen Handlung er herbeigeführt wurde, nicht zugerechnet werden kann, wenn und soweit der Handelnde sich in faktischem Irrthum befunden

---

1) So Hufnagel I. 118. f. dag. N. Rev. S. 264.

2) Ganz mit Unrecht wirft Luden Hdb. I. 252. 253. beide Fälle zusammen, da doch das Alternative wesentlich vom Kumulativen verschieden und seine Behauptung, daß der gedachte Fall c. nicht möglich sei, rein willkührlich ist. Dagegen ist es allerdings richtig, daß man häufig das Alternative und das Kumulative nicht gehörig scheidet. N. Rev. S. 347—349. Geht der Thatbestand des zunächst beabsichtigten Delikts in dem des eventuell beabsichtigten auf, so liegt beim Eintritt der Vollendung des letzteren natürlich nur Ein Verbrechen — eben das letztere — vor.

3) vgl. Heuser IV. 429. V. 672. Weber a. a. O. S. 571. Henke I. 348. 363. Breidenbach I, 2. S. 122. Hufnagel III. 58. 59. 639. Hye S. 145. Note. Braunschw. Mot. b. Breym. S. 188. Bad. b. Thilo 129. Näher kommt es dem Richtigen, d. h. daß nur beim impetus und dem reinen (an die luxuria grenzenden) dol. event. eine geringere Schuld anzunehmen ist, wenn Krug dasselbe von seinem dol. gener. behauptet; vgl. Bad. GB. §. 206. sächs. Entw. Art. 153. Krug S. 2—4. 78—80. vgl. Weiß S. 163. Müller Verbr. g. d. Integr. d. Eisenb. S. 82—84. A. M. Goldtammer I. 237. 238 (?).

4) Ebenso der bair. Entw. Ueber Preußen s. die interessanten Verhandlungen (bes. von Seiten Savignys) b. Beseler S. 37—42.

5) A. M. Hye S. 144—149. s. dag. Weiß S. 158—162. Arnold im N. Arch. 1843. S. 530 f. Leonhardt I. 217—221. Breidenbach I. 2. not. 4. zu S. 59. a. E.

6) Wirt. Gb. Art. 57. (weggefallen).

7) Braunschw. GB. §. 28. (s. jed. Breym. S. 191), Hess. GB. Art. 60. Bad. §. 98. Thüring. Art. 29. Sächs. Entw. Art. 47 (kommt dem Richtigen am nächsten).

hat (§. 62), so vermag auch ein faktischer Irrthum die wesentliche Natur einer (verbrecherischen) Absicht und ihrer Ausführung an sich nicht zu ändern. Dabei sind jedoch verschiedene Fälle zu unterscheiden: 1) Völlig gleichgiltig ist es, ob die Handlung durch faktischen Irrthum ein taugliches Objekt statt eines andern traf, so daß ihre innere Natur dieselbe blieb; hier liegt stets einfach eine absichtliche Handlung vor. 2) Anders verhält es sich, wenn der Handelnde vermöge faktischen Irrthums auf ein untaugliches Objekt traf oder zur Ausführung seiner Absicht ein untaugliches Mittel ergriff; eine absichtliche Handlung liegt auch hier vor, aber eine bloß zum Versuch gediehene (s. u.). 3) Diese beiden Fälle setzen voraus, daß die so oder so eingetretene Wirklichkeit durch die Absicht gesetzt worden sei, wobei dann wieder nichts darauf ankommt, ob bei einer Mehrheit behufs der Ausführung der Absicht vorgenommener Akte der Erfolg gerade demjenigen Akte entsprang, welchen der Handelnde ausschließlich oder vorzugsweise hiezu bestimmte, falls nur der wirklich erfolgreiche Akt — bereits oder noch — in der Reihe der durch die Absicht bestimmten Thätigkeiten lag. Eben damit ergiebt sich jedoch auch, daß, wenn der wirklich erfolgreiche Akt vor oder hinter jener Reihe liegt, keine einfache absichtliche, sondern eine in sich gebrochene, nur theilweise zur Absicht (Versuch), theilweise aber nicht oder nur zur culpa zurechenbare Handlung angenommen werden darf. Eben dies ist auch dann der Fall, wenn der Zufall der in Ausführung begriffenen Absicht nicht bloß einfach statt eines tauglichen Objekts ein andres unterschiebt, sondern an die Ausführung der Absicht eine dieser an sich fremde Folge anhängt, von der sich dann eben nur fragt, ob sie hätte vorhergesehen werden können oder nicht. N. Rev. §. 109 u. 108 a. E.

1) Die Fälle zu 1) sind die beiden, wenn eine verbrecherische Absicht irrthümlich an einem andern, übrigens ebenso tauglichen Objekte (Person oder Sache) ausgeführt wurde, als an demjenigen, welches der Handelnde zu treffen glaubte, — und wenn die in Ausführung begriffene Absicht vermöge eines Zufalls an einem andern, aber ebenso tauglichen Objekte als dem vom Handelnden ausersehenen realisirt wird, vorausgesetzt nur, daß im letzteren Falle nicht der Zufall zwischen die Ausführung der Absicht und den ihr entsprechenden Erfolg ein dem Wesen der Handlung fremdes Moment eingeschoben hat, durch dessen Dazwischentritt die Handlung selbst zu einem ihrem Wesen fremden Erfolg abgelenkt wird. — Ueber die rechtliche Behandlung dieser Fälle waren die Ansichten von jeher sehr verschieden [1]). Die italienischen Juristen von Bartolus an nahmen hier überall entweder einfach eine dolose [2]), oder eine kulpose Handlung, resp. wenig-

1) Sehr ungenügend ist, was hierüber Mittermaier n. 1. z. F. §. 57. beibringt.
2) Bartol. ad l. 11. §. 2 D. de poen. n. 7. u. ad l. 14 D. ad l. Corn. de sic. n. 2. vgl. Ang. Aret. v. scienter dol.

stens einen Strafmilderungs- oder einen Begnadigungsgrund an [1]). Indessen sind die Ansichten der italienischen Schriftsteller bei dieser wie bei andern nicht bloß exegetisch, sondern durch Begriffsentwicklung zu lösenden Fragen von sehr untergeordnetem Werthe [2]). Die deutschen Juristen seit Karpzov schlossen sich vorzugsweise der Ansicht von Bartolus an, und zwar in demselben ächt germanischen, das Recht der Objektivität hervorhebenden Sinne, dem auch der Begriff des dolus indirectus entsprang [3]). Daß sie dabei theilweise zu weit giengen, indem sie hier wie sonst den Kausalnexus präsumirten, ist nicht zu läugnen. Ohne Zweifel hätten nun seit der Feuerbachschen Reform der Schuldlehre alsbald beide älteren Ansichten verdammt und der Begriff der culpa dolo det. auch hier geltend gemacht werden sollen [4]). Gleichwohl ist diese Konsequenz erst später gezogen worden [5]), während die neueren Kriminalisten fast durchgängig [6]) eklektisch verfahren und das eine Mal ein einfaches doloses Verbrechen, das andre Mal culpa d. det. annehmen [7]). Jene Konsequenz fällt nun aber mit der falschen Auffassung des dolus, wovon sie ausgeht, von selbst in Nichts zusammen [8]). Auch hat sie in der That keinen Anklang gefunden. Vielmehr ist im Fall der einfachen Verwechslung des einen tauglichen Objekts (Person oder Sache) mit einem andern die allgemeine Meinung dafür, daß hier ein einfaches doloses Verbrechen anzunehmen sei [9]). Ist aber dem so, dann ist es pure Willkühr, wenn nicht auch in dem Fall der Aberration, wie er hier (i. Anf. dieser Anm.) abgegrenzt ist, das Gleiche angenommen wird [10]). Die Trennung der Handlung in eine dolose und kulpose ist nicht in diesem, sondern nur in den hievon wesentlich verschiedenen Fällen, wie sie im §. unter 3) bezeichnet sind, zu statuiren [11]). Uebrigens gilt das

---

1) Bonifac. de Vit. T. de insultu. J. Clar. §. homic. n. 6. §. fin. qu. 77. n. 8. f. Menoch. II. 324. n. 11. 12. Farinac. qu. 120, nr. 184. 185. — qu. 125, nr. 152. 153. vgl. Damhouder c. 85. n. 7.

2) A. M. Geib im N. Arch. 1838. S. 52. f. dag. Bauer Abh. I. 401.

3) Carpzov qu. 5. 18. n. 14 sq. Kress ad art. 145. §. 1. nr. 4. §. 2. Leyser Sp. 550. n. 4. 5. Sp. 597. n. 15. Sp. 610. n. 5 sq. Böhmer ad C. qu. 5. obs. 1. Med. ad art. 145. §. 2. vgl. Matthaeus ad l. 48. T. 5. c. 3. n. 12. 13.

4) Uebrigens trifft der Vorwurf Geibs z. B. Oersted nicht, der (Grundr. S. 241. 242.) seine Ausführung bereits vorgezeichnet und nur aus dem tieferen Grunde nicht breiter hingestellt hat, weil er von dem Begriff des Vorsatzes aus zu dem Satze kam, daß das del. perfectum dem vollendeten Delikte gleich gehalten werden sollte.

5) Geib N. Arch. 1837. S. 561 f. 1838. S. 36 f.

6) Mit Ausnahme von Wächter II. S. 128. Jarcke III. 220. Henke II. 36—38.

7) Gesterding N. Arch. III. 486 f. Heffter N. Arch. XII. 279 f. Lb. §. 70. Zachariä Versuch I. S. 272 f. Bauer Abh. I. 400 f.

8) N. Rev. S. 279—293.

9) f. Gesterding, Wächter, Henke, Jarcke, Zachariä, Heffter, Bauer a. a. O. Martin §. 107. Luden Hdb. I. 244. n. 3. u. bes. Pfotenhauer üb. d. Einfluß d. Irrthums bei vollend. Verbrechen. vgl. Breidenbach I, 2. S. 89 f. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 57. Leonhardt I. 224.

10) Gegen das Sophisma, womit Manche (z. B. Gesterding, Pfotenhauer, Zachariä, Hufnagel, Hye u. A. eine solche Differenz zu rechtfertigen versuchen, f. N. Rev. S. 289. Den richtigen Begriff der Absicht wendet dagegen Breidenbach S. 98. 99. an.

11) Wächter a. a. O. Wenn Zachariä den Fall hervorhebt, wo die Möglichkeit der aberratio voraus bedacht und darein gewilligt war, so versteht sich aller-

Angegebene zunächst nur von dem Falle, wenn die Absicht mittelst des Irrthums oder der Abirrung an einem gleichtauglichen Objekte zur Ausführung kommt. Wollte dagegen der Thäter ein gemeines Verbrechen begehen und begieng aus Irrthum 2c. ein qualifizirtes, so muß das im Erfolg liegende Mehr zur culpa zugerechnet werden, falls der Irrthum vermeidlich war und das fragliche Verbrechen kulvos begangen werden kann. Wollte er umgekehrt ein qualifizirtes Verbrechen begehen, begieng aber aus Irrthum nur ein gemeines, so wird neben dem lezteren noch der Versuch des beabsichtigten Mehr in Rechnung zu bringen sein [1]). — Das röm. Recht berührt die Frage, soweit es das öffentliche Strafrecht betrifft, gar nicht [2]). Dagegen sind von den Stellen, die aus dem Kreise des Privatstrafrechts angeführt zu werden pflegen, die meisten [3]) gar nicht beweisend, weil sie wesentlich verschiedene faktische Voraussetzungen haben. Nur die l. 18. §. 3 D. de inj. (47. 10) spricht den Satz aus, daß Irrthum in der Person den Thatbestand des Verbrechens nicht aufhebe [4]). Die (dagegen geltend gemachte) einfache Berufung auf die vorwiegende Beachtung der Thatseite ist in Beziehung auf die römischen Privatdelikte ebenso oberflächlich und schief, als in Beziehung auf das germanische Recht [5]) (§. 48. Anm. 2), welches ebensowenig bloß auf den Erfolg gesehen, und welches insbesondere die vorliegende Frage aufgeworfen und meist bereits treffend entschieden hat [6]). — Die P.G.O. läßt die Frage unerörtert. — Auch von den neueren Gesetzgebungen behandeln die meisten diese Fälle nicht ausdrücklich. Zu den Ausnahmen gehört das preuß. LR. (bei der Tödtung [7]),

---

dings die Entscheidung von selbst, der Fall gehört aber gar nicht hierher. Zu weit geht Jarcke a. a. O., der gar keine Differenz statuirt, desgl. Pfotenhauer a. a. O. S. 71 f. Eigenthümlich ist die Ansicht von Luden Hdb. I. 416. n. 9, der in den hier bezeichneten Aberrationsfällen nur Versuch (ohne Konkurrenz von culpa) angenommen wissen will. vgl. S. 263. n. 1. S. 265. n. 6. Theilweise mit dem hier Ausgef. stimmt überein Hye S. 319—321 Note.

1) Mit Unrecht ignoriren oder läugnen die älteren Juristen (außer Bart.) und meist auch die neueren (s. z. B. Wächter, der sich hier geradezu auf Carpzov und Böhmer beruft) die Nothwendigkeit dieser Unterscheidungen. s. dag. z. B. Henke a. a. O. Heffter Lb. §. 70. Pfotenhauer a. a. O. Ebenso unrichtig ist aber auch die von Geib N. Arch. 1838. S. 60 für diese Fälle aufgestellte Meinung. s. N. Rev. S. 291—293. Traf die Handlung ein untaugliches Objekt, so liegt Versuch des beabsichtigten Verbrechens vor, jedoch nur als untauglicher. (s. bad. GB. §. 111).

2) Daß hier wegen der bloß sekundären Bedeutung der Thatseite in den fraglichen Fällen jedenfalls ein doloses Verbrechen anzunehmen gewesen sei, leidet wohl keinen Zweifel. Dagegen ist es willkührlich, wenn Geib N. Arch. 1837. S. 581 ohne Weiteres annimmt, es sei auf einen durch kulposen Irrthum hervorgebrachten schwereren Erfolg lediglich keine Rücksicht genommen worden.

3) L. 45. §. 4 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 3. §. 4. l. 4. l. 15. §. 15 D. de inj. (47. 10). A. M. hinf. der l. 4. ist z. B. Zachariä S. 275. n. 1. s. dag. schon Bart. ad l. 4. Carpzov qu. 5. n. 29. 30. Matth. l. c.

4) Die Einwendungen von Geib a. a. O. S. 584. 585. sind sichtlich erzwungen. s. Donell. Comm. I. 22. Walter N. Arch. IV. 276. 277. Zachariä Versuch I. 272. n. 2. vgl. Pfotenhauer D. de del. p. err. in pers. comm. p. 9 sq.

5) Geib a. a. O. S. 577.

6) s. Wilda S. 587. 588. und die dort angef. Stellen. vgl. Bamb. Stadtr. c. 203. b. Zöpfl, wo bei aberr. ictus eine eigene Auskunft getroffen ist.

7) II. 20. §. 807. 808. (?). vgl. Hitzig Zeitschr. XIII. 320 ff.

und neuerdings in allgemeiner Fassung das braunschw. (§. 28. S. 3), das hess. (Art. 62)[1]), bad. (§. 100) und thüring. GB. (§. 29. S. 3). Von diesen beschränken jedoch das braunschw. und thüringische den richtigen Grundsatz auf den error in obj.[2]), wogegen das hessische und badische auch auf die Abirrung die ganz richtige Anwendung machen (wie dies auch das neue östr. GB. §. 134. beim Mord thut)[3]). Zugleich enthalten die angef. Gbücher mindestens für den Fall, wo statt eines gemeinen Verbrechens ein qualifizirtes begangen wird, die richtige Bestimmung wegen der etwa in Rechnung zu nehmenden culpa[4]). — Jedenfalls ist es ein Vorzug dieser Gbücher, daß sie die Frage überhaupt berühren[5]). Denn die Entscheidung versteht sich zwar von selbst, sobald der Begriff der Absicht in seiner Wahrheit aufgefaßt wird, eben darum aber nicht in unsern neueren Gbüchern, die noch immer von dem Begriffe des Vorsatzes nicht loskommen. Letzterer Mangel wird allerdings durch Präsumtion des dolus (resp. gelinde Beibehaltung des d. indirectus) größtentheils ersetzt im bair.[6]), sächs. und hannövrischen GB.[7]), dagegen z. B. nicht im wirtembergischen, daher hier die Praxis nur den Fall des error richtig entscheidet, nicht aber den der aberratio[8]). Um so gewisser enthalten die eben ang. Gbücher für den Fall eines verschuldeten Irrthums und einer deshalb etwa in Rechnung zu nehmenden culpa die erforderliche Bestimmung[9]).

2) s. die Lehre vom Versuch.

3) In Beziehung auf den neuerdings viel bestrittenen sog. dolus generalis in dem unter 3) festgestellten Sinne[10]) ist der in der N. Rev. angegebene Unterschied[11]) noch immer festzuhalten, wenn er auch etwas genauer formulirt werden

1) Breidenbach I, 2. S. 87—102. (S. 97. scheint er doch etwas zu weit zu gehen, wenn auch nur im Beispiel, nicht im Grundsatz).

2) Breym. S. 190.

3) Hye S. 316. 317. Dasselbe gilt (Goldtammer I. 432. 433) vom preuß. allgemein.

4) Der umgekehrte Fall wird selbst in diesen Gbüchern nicht beachtet; auszunehmen ist für einen speziellen Fall das Badische §. 111. Nach dem preuß. GB. wird auch culpa nicht beachtet. A. M. Temme Glossen. S. 119.

5) A. M. Mittermaier n. 1. z. F. §. 57. Fortbildung I. 173. 174. N. Arch. 1850. S. 113. 114. vgl. Goldtammer I. 241.

6) Was Arnold N. Arch. 1843. S. 535. 536. als Praxis anführt, bezieht sich nur auf den Irrthum.

7) s. daher Bauer Anm. II. 153 f. vgl. Leonhardt I. 190 (?). 224. vgl. übrigens die unrichtigen Entscheidungen des sächs. OAGs. in den N. Jahrb. VI. 473. 474. VII. 107.

8) Hufn. III. 59—64. 639. 640. (Mit Unrecht ist hier gesagt, die betr. Praxis stimme mit dem hess. GB. Art. 62 überein. s. dag. Breidenbach I. 2. S. 95 f.). Nach dem Ges. 13. Aug. 1849 fällt die ganze Lehre vom dol. der Doktrin u. Praxis anheim. vgl. Bair. Strafger. I. 108.

9) Bair. GB. Art. 42. — Sächs. Art. 68. Wirtemb. Art. 100. Hannövr. Art. 45. (Nach Leonh. I. 324 soll sich freilich dieser Art. nicht auf den vorliegenden Fall beziehen).

10) Berner will diesen schon bei Carpzov gefunden haben, jedoch mit Unrecht. Dag. s. Grolman Bibl. I, 3. S. 233 f. Oersted Grundr. S. 242. Weber N. Arch. VII. 562 f. Wächter Lb. II. S. 127. Heffter §. 233. not. 2. Stübel Theilnahme S. 47—49. N. Rev. S. 260. 263—272. vgl. Kitka in Wagners Zeitschr. 1832. I. 168. 169. Pfotenhauer a. a. O. S. 130 f.

11) Mit Unrecht übersieht diesen Mittermaier bei der Anführung der N. Rev. in n. 2. zu F. §. 59.

mußte. In der That aber, sobald man sich nur hierüber verständigt, dreht sich der Streit nur um Einen Punkt. Auch die Gegner des dol. gener. [1]) stellen nicht in Abrede, daß die zweite erfolgreiche Handlung des irrthümlich bereits durch die erste den Erfolg erreicht glaubenden Thäters demselben dann zum dolus zugerechnet werden müsse, wenn er dabei auch nur mit von dem Vorsatz ausgegangen sei, sich des Erfolgs der ersten Handlung zu vergewissern [2]). Umgekehrt ist mindestens in der N. Rev. entschieden ausgesprochen worden [3]), daß ein d. gener. dann nicht anzunehmen sei, wenn vor der erfolgreichen Handlung die Absicht abgebrochen sei. Die Frage ist daher nur die: ob im betr. Fall, d. h. wenn der Thäter versichert, er habe durch die erste Handlung den Erfolg erreicht geglaubt, der Abbruch der Absicht oder die „Intention der Bestätigung" der ersten Handlung anzunehmen sei? Dies ist aber lediglich eine Beweisfrage, die nach den konkreten Umständen des einzelnen Falls entschieden werden kann und muß [4]), und es ist daher unrichtig, das eine oder das andre zu präsumiren [5]). In den meisten Fällen wird die fragliche Einrede des Thäters simulirt sein. — Für den Fall nun aber [6]), daß der Richter die gegentheilige Ueberzeugung fassen kann, muß allerdings bloßer Versuch und hinsichtlich des Erfolgs culpa (wenn die Art des Verbrechens dies zuläßt) angenommen werden [7]). Ebenso auch dann, wenn der Thäter unabsichtlich, aber durch culpa einen rechtsverletzenden Erfolg bereits hervorgebracht hat, nun aber diesen Erfolg in der irrthümlichen Voraussetzung, daß er noch nicht eingetreten sei, erst durch eine absichtliche Handlung hervorzubringen sucht [8]). — Auch diese feineren Unterscheidungen darf man indessen im gemeinen Rechte nicht suchen wollen. Im öffentlichen Strafrechte der Römer wurde ohne Zweifel in allen diesen Fällen einfach eine dolose Handlung angenommen, wozu es genügte, wenn nur überhaupt der dolus äußerlich manifestirt war. Desgleichen genügte es beim damnum inj. datum (das hier aus dem Kreise des Privatstrafrechts allein zur Sprache kommen kann), wenn sich der Erfolg

1) N. Arch. V. 375—422. Zachariä Versuch I. 279—288. Mittermaier N. Arch. 1841. S. 24—40. Breidenbach I, 2. S. 68—74. Berner Imput. S. 193 f. Theilnahme S. 143 f. Temme Glossen S. 93. 94 (höchst trivial vom Standpunkt des vermeintlichen gesunden Menschenverstands aus, der aber nur der Standpunkt der herkömmlichen eklektischen Schuldlehen ist, deren Haarspaltereien mit dem gesunden Menschenverstand am wenigsten zu thun haben).

2) Mittermaier S. 39. 40. Breidenbach S. 73. n. 5. Berner Imput. S. 194. Theilnahme S. 148. (Sein vom del. perf. hergenommenes Hauptargument hat B. jetzt fallen lassen).

3) Diese Einschränkung findet sich freilich nicht bei Grolman, Oersted, Wächter, Weber a. a. O.

4) s. bes. N. Arch. V. 405—412. Bauer Abh. I. 406. 407 und die (in anderer Richtung gemachten) treffenden Bem. von Krug in den N. sächs. Jb. VIII. 274.

5) Dies ist auch theilweise in der N. Rev. S. 268 ob. geschehen. s. aber auch S. 269 unten.

6) A. M. Luden Hdb. I. 371—374. Pfotenhauer S. 113 f.

7) Merkwürdige Fälle s. b. Klein Annal. XVI. nr. 1. N. Arch. V. a. a. O. Mannkopf Jahrb. I. 243 f. 401 f. Heuser Entscheidungen I. 357 f. Bischoff Krim.fälle I. 143 f. Habicht rechtl. Erörter. I. 208 f. Neuer Pitaval II. 360 f. 386 f.

8) Zachariä a. a. O. S. 279. 280. s. dag. N. Rev. S. 447. Anders natürlich, wenn schon die erste Handlung absichtlich war. s. Breidenbach I. 2. S. 68 unt. 69. Luden Hdb. I. 370. 371.

nur überhaupt auf eine culpa des Handelnden als seine Ursache zurückführen ließ. Auch die P.G.O. berücksichtigt die Fälle nicht, und unter der Herrschaft der Lehre vom dol. indir. ist kaum zu bezweifeln, daß die Praxis keinen Anstand nahm, in den betr. Fällen einfach eine vollendete dolose Handlung anzunehmen, um so mehr, als sie auch sonst bei vorliegendem dolus und Erfolge es mit dem Beweise des Kausalzusammenhangs sehr oberflächlich nahm [1]) und überdies in dem so viel mißbrauchten Grundsatze über die Folgen des versari in re illicita auch hier einen willkommenen Ausweg fand [2]). Von den neueren Gesetzgebungen haben sich nur die wirtemberg. und die badische auf eine besondere Bestimmung über die vorliegende Frage eingelassen, beide jedoch auf nicht glückliche Weise, da unter den vagen Ausdrücken, die sie wählen [3]), der Nerv des nothwendig zu machenden Unterschieds (s. den §.) gelähmt und die Praxis in Verwirrung gebracht wird. — Dieselbe Trennung der Handlung in dolosen Versuch und kulposen Erfolg ist denn auch in den a. E. des §en näher bezeichneten Aberrationsfällen vorzunehmen, welche nur eben mit den Anm. 1. i. A. beschriebenen nicht verwechselt werden dürfen [4]).

§. 76.

Absichtliches und kulposes Handeln können zusammentreffen, ohne daß damit ein abgesonderter Schuldgrad gegeben wäre. Dies ist unzweifelhaft dann der Fall, wenn beide Handlungen einen verschiedenen Thatbestand haben und idealiter od. realiter (s. u.) konkurriren. Es ist aber auch dann nicht ausgeschlossen, wenn beide Handlungen relativ denselben Thatbestand haben; nur ist im letzteren Falle auf's Dringendste geboten, bei der Beweisfrage das Recht der Objektivität der Handlung gegen die Willkührlichkeit des Subjekts in Behauptung der Tragweite seines Vorsatzes gehörig zu wahren.

1) Zu einiger Klarheit in dieser noch immer sehr verworrenen Materie wird man nur dadurch kommen, daß man die im §en unterschiedenen Fälle gehörig auseinander hält. Der erst in neuerer Zeit bestimmter fixirte Begriff der Konkurrenz von dolus und culpa [5]) findet seine ganz unzweifelhafte Anwendung in den zuerst angef. Fällen [6]), z. B. wenn der Dieb durch Unvorsichtigkeit mit dem Lichte zugleich eine Feuersbrunst erregt, wenn durch Nothzucht an einer Schwangeren zugleich ein Abortus bewirkt, durch einen auf Wilddieberei Ausgegangenen ein versteckt liegender Mensch getödtet wird rc. [7]). Es können aber beide Hand-

---

1) s. z. B. Carpzov qu. 5. n. 10. Matth. ad L. 48. T. 5. c. 3. n. 12.
2) vgl. Böhmer ad Carpz. obs. 2. ad qu. 1. a. E.
3) Wirt. GB. Art. 56. (jetzt aufgehoben). Hufnagel I. 103 f. Mittermaier im N. Arch. 1841. S. 26—40. Breidenbach I. 2. S. 64 f. Wolff b. Thilo S. 129—132. Auffallend ist, daß Krug a. a. O. und die Mot. z. sächs. Entw. Art. 36 die so nahe liegende Konsequenz übersehen. Der Grund scheint in der Festhaltung der falschen Tradition der Unterscheidung zwischen imputatio facti u. juris zu liegen.
4) Ueber Liter. u. neuere Gesetzgebung s. zu Anm. 1. vgl. übr. schon Carpz. qu. 1. nr. 63. 64. Fälle b. Hitzig Annal. IV. 1 f. N. Arch. XI. 712. Hufnagel III. 63.
5) Die v. a. Aufstellung von Beyer hatte zu ihrer Zeit keinen Erfolg, und mit Recht, da sie gerade auf dem zweifelhaftesten Boden (s. den §. a. E.) auftrat.
6) Alles ist durcheinander geworfen bei Mittermaier n. 1. z. F. §. 60. s. dag. jetzt auch Krug üb. dolus u. culpa. S. 52—54.
7) Hefftter §. 70. nr. III—V. (Was Luden I. 264. n. 5. gegen Heff-

lungen sogar theilweise oder ganz denselben Thatbestand haben. Nur muß dann (s. den vor. §.) eine Verwechslung, resp. Abirrung im Objekt, wodurch eine schwerere oder geringere [1]) Rechtsverletzung entsteht, — oder ein Irrthum über die kausale Energie eines zur Ausführung der Absicht unternommenen Akts, — oder ein der Natur der absichtlichen Handlung an sich äußerlicher, aber voraussehbarer Zufall mit untergelaufen sein. Immer bildet hier eine absichtliche Handlung die Voraussetzung, an welche ein kulposer Erfolg sich angeschlossen hat, oder welche in einen solchen ausgeartet ist [2]); die Konkurrenz ist hier eine ideale. Es kann aber auch eine reale in der Art vorkommen, daß Jemand durch ein begangenes kulposes Verbrechen veranlaßt wird, noch ein doloses zu begehen [3]).

2) Von allen diesen Fällen wohl zu unterscheiden ist nun der, wo bei Einer und derselben, an dem intendirten Objekte und durch den intendirten Akt vollführten Handlung eine Konkurrenz von dolus und culpa stattfinden soll [4]). Die älteren Kriminalisten bis auf Klein herab (mit ganz wenigen Ausnahmen) subsumirten diesen Fall unbedenklich unter den Begriff des dolus indirectus [5]). Sie giengen dabei — abgesehen von den positivrechtlichen Argumenten — von der Betrachtung aus, daß einer, der eine höchst gefährliche Handlung mit den geeigneten Mitteln zur Herbeiführung eines äußersten Erfolgs unternommen und diesen äußersten Erfolg auch in der That hervorgebracht habe, keinen Glauben finden könne, wenn er hinterher versichre, bloß einen geringeren Erfolg beabsichtigt zu haben [6]). Auch hatten sie damit sehr Recht, wenn sie gegenüber der subjektiven Willkühr des Vorsatzes das Recht der Objektivität geltend machten. Allein sie begnügten sich nicht mit dem richtigen Satze, daß der schwerere dolus solchenfalls aus der Handlung bewiesen werden könne, sondern giengen mehrfach zu weit. Statt von einem Beweise des bestimmt oder eventuell auf den schwereren Erfolg gerichteten dolus zu sprechen, präsumirten sie, daß ein solcher in der allgemeinen voluntas nocendi enthalten sei. Sie setzten sich eben damit in Widerspruch mit ihren eigenen Prämissen, indem sie

---

ter vorbringt, ist ungerecht, da derselbe N. Arch. XII. 286 unt. u. Lb. §. 70. n. 5. z. §. 60. die angegriffene Behauptung selbst gehörig beschränkt). Luden eb. S. 265. n. 6.

1) Henke I. 367. Luden I. 263. n. 3. u. bes. Jenull I. 127—129.

2) daher auch die von Feuerbach gewählte Bezeichnung: culpa dolo determinata.

3) Man spricht hier wohl von einem dolus culpa determinatus. s. Werner Hdb. §. 274. vgl. Heffter §. 71. n. 2. In dem bei Henke I. §. 54. n. 4. angegebenen Sinne würde auch ein Fall idealer Konkurrenz, sc. der impetus hierher zu stellen sein, worin allerdings relativ etwas Wahres liegt. s. o. §. 72. vgl. noch Luden I. 264. n. 4. Abegg Lb. S. 141 ob.

4) Durchaus falsch ist es, wenn Mittermaier n. 1. z. F. §. 60. sagt, in der N. Rev. sei der Fall der Konkurrenz von dol. u. culpa geläugnet und dem Begriff des dol. indir. geopfert.

5) s. Aeg. Boss. de homic. n. 71 sq. Gomez var. resol. III, 3. n. 17. 18. Ueber Clar. u. A. s. ob. §. 71. Anm. 1. Carpzov qu. 1. nr. 24 sq. Berger Electa p. 91. Leyser sp. 16. med. 5. Sp. 601—603. Struv. obs. crim. c. 7. §. 26. Koch instit. §. 439 sq. Nettelbladt de homic. ex int. indir. comm. Quistorp I. §. 35. Klein Grundß. §. 122. 123. Böhmer ad Carpz. obs. 2. ad. qu. 1.

6) Carpzov nr. 42. bemerkt namentlich, daß anderfalls die Advokaten jede dolose Tödtung wegdisputiren würden. Damit hat er prophetisch gesprochen.

selbst annahmen, der Thäter habe den schweren Erfolg nicht beabsichtigt (nicht bloß nicht beabsichtigt zu haben behauptet), sondern er habe ihn nur vorhergesehen oder vorhersehen müssen. Wenn aber hierin nur eine wissenschaftliche Unbeholfenheit liegt [1]), so war es ebenso unrichtig als ungerecht, wenn offenbar verschiedene Fälle über Einen Leisten geschlagen wurden, wenn man namentlich dolus indir. annahm, sobald nur der Erfolg nicht sehr oder wenigstens ziemlich unwahrscheinlich war [2]) und keine bedeutenden Gegenindizien gegen jenen vorlagen [3]). Denn immerhin wurde der bloß mögliche oder wahrscheinliche Erfolg mit dem unvermeidlichen gleich behandelt [4]) und das bloße Vorhersehen des ersteren, ja sogar die Schuld, ihn nicht vorhergesehen zu haben, zum dolus eventualis gestempelt. — So fehlerhaft nun aber auch diese Lehre war, so ist die Sache durch die noch heute so oft ausposaunte [5]) Polemik dagegen ebensowenig ganz klar geworden. Vorerst war man nur bemüht, die Fälle einfach zu theilen und entweder unter der Rubrik des dolus oder unter der der culpa unterzubringen [6]). Erst der Scharfblick Feuerbachs entdeckte, daß das Gebiet des d. indir. Fälle enthalte, die sowohl dolose, als kulpose Elemente an sich tragen [7]). Statt aber zu der — mehrfach von ihm intendirten — Aufstellung von Mittelstufen zwischen dolus und culpa fortzugehen, begnügte er sich damit, den impetus als dolus indeterminatus, die luxuria als unmittelbare culpa unterzubringen, und für alle übrigen Fälle, die sich nicht unter den (vag bestimmten) Begriff des dol. indeterm. rubriziren ließen, die Bezeichnung: culpa dolo determinata zu erfinden, womit nur eine culpa dolo proxima [8]) bezeichnet sein sollte. Erst später hat er selbst mit Andern [9]) diese zweideutige Benennung zwar nicht aufgegeben, aber doch näher dadurch erklärt, daß er eine ideale Konkurrenz von dolus und culpa annahm. Mit Recht hat jedoch dieser Begriff mannigfachen Anstand gefunden, sofern er offenbar auch solche Fälle umfassen sollte, in welchen der Erfolg unvermeidlich, deshalb aber nicht bloß culpa, sondern zum Mindesten dolus eventua-

---

1) s. Böhmer l. c., der schon ganz deutlich zu verstehen giebt, daß hier ein dol. eventualis ex re bewiesen werde, u. bes. Püttmann Diss. cit.

2) Diese Fälle nimmt schon Carpzov aus.

3) Diese Beschränkungen sollte man bei den beliebten Standreden gegen den dol. indir. doch nicht so ganz ignoriren!

4) Böhmer will sogar gegen Leyser den unvermeidlichen Erfolg ganz vom dol. indir. ausgemerzt haben. Gerade dadurch tritt die praes. doli bei bloßer luxuria oder gar reiner culpa in seiner Ausführung doppelt grell hervor. s. noch Gönner Rev. d. Begr. des dolus. S. 24 u. sonst.

5) s. z. B. Berner Imput. S. 258. Mittermaier a. a. O. Marezoll S. 108. not. 1. Verfehlt ist andrerseits die Vertheidigung der älteren Lehre bei Krug, der ihre allein beim impetus stattfindende Richtigkeit verkennt, und zwischen den Gründen geringerer Strafbarkeit bei diesem und bei dem dol. event. nicht zu unterscheiden weiß.

6) s. bes. noch Kleinschrod I. §. 19—23.

7) Bibl. f. peinl. Rwissensch. I, 2. S. 234 f.

8) Feuerbach verlangte zuerst für eine solche culpa gleiche Strafe, wie für den dolus. Später stellte er dieselbe Ansicht wenigstens frageweise hin. Krug S. 61 meint, F. habe auch den dol. indeterm. für geringer strafbar gehalten.

9) s. bes. Martin §. 36. (noch sehr unklar). Grolman §. 52. 263. Weber N. Arch. VII. 565. 566. Wächter I, §. 81. Bauer §. 63. Abh. I. 300—304. Abegg §. 87. Marezoll S. 108. Berner Imput. S. 254 f. Geib im N. Arch. 1837. 1838. a. a. O. Mittermaier a. a. O.

lis vorhanden war [1]). Allein nicht nur hieran hat man Anstoß genommen, sondern es ist auch mehrfach theils überhaupt [2]), theils mindestens für die hier (Anm. 2) in Rede stehenden Fälle die Richtigkeit der Annahme einer Konkurrenz von dolus und culpa in Abrede gestellt worden [3]). Indessen ist dies nicht unbedingt richtig. Es handelt sich hier von zwei Erfolgen einer und derselben Handlung, von denen der eine unvermeidlich, der andre nur wahrscheinlich oder möglich ist. Der kulpose schwerere Erfolg schließt daher die Absicht der Hervorbringung des geringeren an sich keineswegs aus [4]); selbst die scharfsinnige Einwendung von Luden trifft wenigstens den Fall eines durch eine culpa bewirkten Erfolgs nicht, da er die culpa überall nur in der Form der luxuria und den dolus nur in der Form des d. determ. anerkennt [5]). Was bei allen Gegnern als richtig anerkannt werden muß, das ist der unverwüstliche Drang des deutschen Rechtsbewußtseins, der Objektivität ihr Recht zukommen zu lassen. Mit Recht dringen sie daher darauf, daß von Konkurrenz von dolus und culpa nie die Rede sein könne, wo der schwerere Erfolg unvermeidlich war, also mindestens dolus event. zu seiner Hervorbringung angenommen werden muß [6]). War jedoch jenes nicht der Fall, so ist es allerdings richtig, den eingetretenen schwereren Erfolg bloß zur culpa oder luxuria zuzurechnen; — allein unrichtig ist es, die dadurch keineswegs absorbirte Absicht der Bewirkung des geringeren Erfolgs daneben ganz zu ignoriren [7]). Je unumwundener aber dies hier zugestanden wird, um so dringender erscheint es als nothwendig, vor der falschen Humanität zu warnen, die so leicht geneigt ist, in derlei Fällen dem läugnenden Verbrecher auf's Wort zu glauben und selbst unvermeidliche Erfolge bloß zur culpa anzurechnen. Ist dies geradezu unverantwortlich, so ist es nicht minder unrichtig und ungerecht, wenn auch nur sehr wahrscheinliche Erfolge so sehr häufig bloß zur culpa zugerechnet werden, während nach allen Umständen der gesunde Menschenverstand mindestens einen dol. eventualis ex re zu erschließen gebietet [8]). — Die extremen

---

1) s. z. B. Roßhirt Entw. S. 184. 187. Bauer Abh. I. 303 ob. Berner Imput. S. 259. Im Lb. §. 60 spricht übrigens F. selbst nur noch von einem möglichen Erfolg.

2) Roßhirt a. a. O. S. 183 f.

3) Henke I. §. 56. 57. Heffter §. 70. not. 7. Luden Hdb. I. 265. 266. N. Rev. S. 305.

4) Was Roßhirt a. a. O. S. 188 dagegen sagt, ist nicht auf Begriffe zu bringen.

5) Nur unter diesen (falschen) Voraussetzungen könnte das behauptet werden, was Luden Hdb. I. 265. n. 7. S. 266. n. 9. 10. aufstellt. Was S. 268. n. 8. gesagt ist, beweist für das im Text Gesagte. Mindestens unsicher ist die Ausführung von Krug S. 32. 43. 44. 66—69.

6) Henke I. §. 57. Bauer Abh. I. 303. — Luden I. 266. n. 9. führt (freilich konsequenter Weise) nur dol. determin. an. Krug S. 23—31. 33—37.

7) Damit fällt man ganz in die Ansichten der Zeit vor Feuerbach (z. B. von Kleinschrod) zurück. Bei Jenull u. Henke a. a. O. ist das Richtige angedeutet und nur das Moment der idealen Konkurrenz nicht bestimmt in's Auge gefaßt. Anders bei Roßhirt, Heffter, Luden ꝛc., die nur culpa angenommen wissen wollen.

8) In dieser Beziehung hat die an sich ganz richtige Aufstellung der culpa d. det. offenbar zu schweren Irrthümern und namentlich zu einer krassen Versündigung gegen den Geist des deutschen Rechts geführt. s. noch bes. Gros Naturrecht §. 354. n. 1. 2. Morstadt z. F. n. 1. z. §. 59. u. n. 1. z. §. 60. Zirkler im Rechtsler. III. 483—494.

Richtungen der Doktrin haben sich auch in der modernen Gesetzgebung fixirt. Die älteren von den neuen Gbüchern stehen noch mehr oder weniger unter dem Einflusse der Lehre vom dolus indirectus [1]) und es ist diese ältere Ansicht (freilich neben stillschweigender, resp. ausdrücklicher Anerkennung des bloßen Konkurrenzfalls) auch noch im sächs. (Art. 31) und im hannövrischen GB. (Art 43. 44) in einer die Ausleger sehr in Verlegenheit setzenden Weise erhalten geblieben [2]) (so zwar, daß das leztere in einer Reihe von Fällen gar keinen Gegenbeweis gegen die Präsumtion des Beabsichtigtseins des Erfolgs zuläßt). Dagegen ist die seit Feuerbach hervorgetretene Sucht, die Fälle des alten dol. indir. möglichst in Konkurrenz von dolus und culpa aufzulösen [3]), in die übrigen neuen Gbücher übergegangen [4]). An und für sich sind nun nach dem Bisherigen gesetzliche Bestimmungen über Konkurrenz von dolus und culpa nicht zu tadeln [5]). Solche sind vor Allem hinsichtlich der Fälle Anm. 1. nöthig; aber auch in denen der Anm. 2. kann wenigstens der eingetretene Erfolg ein kulposer sein. Ein Nachtheil ist aber, daß dieselben zum Theil sichtlich nicht sowohl auf die ersteren, sondern vornämlich auf die lezteren berechnet sind [6]). Man kann sich kaum der Annahme entziehen, daß dieselben auf der stillschweigenden Präsumtion der bloßen culpa beruhen [7]). Das Gefühl, daß infolge der Anwendung der betr. Bestimmungen manche Fälle mit unverhältnißmäßig leichten Strafen durchkommen würden, hat denn auch mehrfach zu Ausnahmebestimmungen im bes. Theile geführt [8]),

---

1) s. bes. d. Theres. art. 3. §. 2. (wogegen der C. Maxim. c. 3. §. 2. viel richtiger bloß von „augenscheinlicher Todsgefahr" spricht). Oestr. GB. §. 1. (Jenull, Kitka, Hye ꝛc. wollen freilich die hier ausgesprochene praes. doli auf das richtige Maß zurückführen. s. bes. Kitka in: der Jurist 1842. S. 42 f.) Preuß. LR. II, 20. §. 811—815. (vgl. Meyer Vers. einer Prüfung d. Lehre vom Thatbest. S. 47 f. Temme Tödtung S. 89 f.) Bair. GB. Art. 41. (44). j. Anm. I. 152. (vgl. Arnold N. Arch. 1843. S. 530—534). s. auch Hélie V. 402 sq. u. Ges. 1832.

2) vgl. Krug Studien I. 54 f. Schüler Beiträge S. 22 f. Weiß S. 158 f. — Leonhardt I. 216—223. vgl. Bauer Anm. I. 433 f. Schlüter Noten z. S. 40. 41.

3) s. übr. die legislat. Arbeiten Bauers und die sogar übertriebenen Konzessionen an die ältere Theorie!

4) Wirt. GB. Art. 60. (aufgehoben) .Braunschw. §. 28. Hess. Art. 61. Bad. §. 103. Thüring. Art. 30.

5) A. M. Luden Hdb. I. 263. n. 3. Goldtammer I. 243. (?) vgl. 238. 241. (unrichtig üb. das braunschw. GB.) 433. Keine Bestimmungen enthalten das preuß. GB. u. d. bair. Entw. (jezt auch das Wirt. GB.).

6) s. bes. im hann. u. wirt. GB., daher denn auch Bauer Anm. I. 445. u. Leonhardt I. 222. n. 20. in den Fällen der Anm. 1. nicht ideale, sondern reale Konkurrenz annehmen. Der kulpose Erfolg kann auch der minder strafbare sein. Bauer Lb. §. 63 not. a. Henke I. §. 56. d. Luden a. a. O. Jedenfalls besser ist daher die Fassung im braunschw., hess., bad., und bes. im thüring. GB. s. auch den sächs. Entw. Art. 46. j. 47.

7) Daher die Praxis in Wirtemb., u. ebenso seit 1848 in Baiern kaum mehr Mord oder Todtschlag annimmt, sondern alles auf culpa d. det. reduzirt! s. z. B. Bair. Strafger. I. 24. 29. 31. 43. 53. 172. 190. 358. 370 ff. 390. II. 75 ꝛc. 254.

8) s. z. B. Wirt. GB. Art. 246. 247. 260. 385. Bad. §. 212. 213. 225. Ueber das hess. s. Breidenbach I, 2. S. 85. 86. Bair. Ges. 29. Aug. 1848. Art. 5. vgl. Krug S. 53. 54.

ja sogar (für den Fall, wo der „nicht beabsichtigte Erfolg" den Begriff der culpa ausschließt) zu Ausnahmebestimmungen im allg. Theil [1]), die unverhältnißmäßig hart wirken können, und mindestens nicht für Konsequenz in den Prinzipien zeugen.

§. 77.

Weder für Absicht, noch für culpa ist zu vermuthen, sondern stets der bestimmte Schuldgrad zu erweisen, welcher Beweis auch ohne Geständniß aus der Objektivität der Handlung entnommen werden kann, handle es sich nun von einfacher oder zusammengesetzter Schuld. N. Rev. §. 112. a.

1) Ein Strafrecht, das den subjektiven Gesichtspunkt vorwiegen läßt und die äußere Seite der That bloß als das sekundäre Erscheinungsmedium des verbrecherischen Willens behandelt, muß die Ergänzung seiner subjektiven Einseitigkeit in einem Beweissysteme von vorwiegend objektiver Natur suchen, daher namentlich keinen Anstand nehmen, den dolus ex re (ex indiciis) erschließen zu lassen. Damit ist aber [2]) für ein solches Strafrecht die praesumtio doli an und für sich selbst ausgeschlossen [3]). Es war daher durchaus verkehrt, wenn die älteren Juristen schon von den Glossatoren an gerade aus dem römischen Rechte den Satz ableiteten: facta laesione praesumitur dolus [4]). Jedoch machten sie von der Regel wieder in verschiedener Weise Ausnahmen [5]) oder begünstigten den Gegenbeweis auf exorbitante Weise [6]). Indessen fehlte es auch schon früher und später nicht an solchen, welche sich gegen die praes. doli erklärten [7]). — Umgekehrt muß ein Strafrecht, das einseitig den objektiven Gesichtspunkt vorwiegen läßt, die Ergänzung in einem Beweissysteme von vorzugsweise subjektiver Natur suchen; ein solches wird daher den Beweis der Schuld aus objektiven Wahrheitskriterien zum Mindesten hintansetzen und eben deshalb geneigt sein, dieselbe zu präsumiren. Daß dies in der That bei dem altgermanischen Rechte der Fall war, ergiebt sich aus der Forderung des Ungefährseides, resp. der Selbstanzeige

---

1) Hannövr. GB. Art. 44. f. dag. Breidenbach I, 2. S. 102. Hufnagel Strf.GB. m. Anm. S. 317. N. Rev. S. 445. 446.

2) Mein Wendepunkt ꝛc. S. 208. 209. N. Rev. S. 331. 332.

3) s. bes. Wening im N. Arch. II. 194—237.

4) Gl. zu l. 17 D. de except. rei jud. (44. 2.), z. l. 6. C. de dol. mal. (2. 21.) z. l. 1. C. ad l. Corn. de sic. (9. 16). vgl. Alciat. Comm. ad T. de jud. c. 10. Cujaz. ad T. C. ad l. Corn. de sic. Menoch. de praesumt. V, 3. nr. 14 sq. Farinac. qu. 88. nr. 13 sq. qu. 89. insp. 4. ꝛc. ꝛc. s. noch Quistorp §. 34. Lud. de Penn. brachte es auf 123 Arten den dol. zu präsumiren.

5) Menoch. z. B. nimmt die Regel nur bei schweren Verbrechen an. Die gewöhnliche Aushilfe lag dagegen in der Aufstellung des verkehrten Grundsatzes: etiam fatua causa excusat a dolo. Boër. Decis. 168. nr. 11. Farinac. qu. 16. nr. 64. Boss. prax. crim. de decr. Mediol. n. 19. Tiraqu. de poen. temp. caus. 43. n. 1. Carpz. qu. 39. n. 10. qu. 140. n. 143. 144. Mit Unterscheidungen Clar. §. fin. qu. 60. n. 21. 22.

6) s. z. B. Jason ad l. 8 D. de nov. op. nunc. (39. 1.) u. Consil. b. Bajard. ad Cl. §. fin. qu. 60. (n. 22.) n. 81.

7) z. B. Decian Tr. crim. I, 4. n. 16. Vouglans loix crim. de France I, 3. c. 1. §. 1 sq. Klein Grunds. §. 116. Kleinschrod I, §. 25. Tittmann §. 94. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 572—574. u. A.

oder des freiwilligen Bekenntnisses, wenn Jemand die Schuld überhaupt, oder eine schwerere Schuld von sich abwälzen wollte [1]). Der Fortschritt der Kultur führte jedoch von selbst zu der Nothwendigkeit, den Willen als Prinzip der Handlung nicht mehr bloß zu präsumiren, sondern wirklich zu setzen, eben deshalb aber auch das unvollkommene Beweissystem durch die gebührende Anerkennung der objektiven Wahrheitskriterien zu ergänzen. Beides geschah in Deutschland mit Hilfe der fremden Rechte, — ersteres durch die fortschreitende, in der P.G.O. in den Grundzügen vollendete Ausbildung der Schuldlehre, letzteres durch die Umgestaltung des Beweissystems, wie sie in der P.G.O. vorliegt [2]), freilich unvollkommen, sofern darin der Indizienbeweis nicht anerkannt wurde [3]). Ueber diese Beschränkung hat sich zwar die Praxis bald hinwegzusetzen gewußt, aber, weil es eben nur durch halbe Maßregeln geschah und (Angesichts des Art. 22) geschehen konnte, so hat sich auch die aushilfliche praesumtio doli bis auf die neuere Zeit forterhalten.

2) In ganz anderm Sinne, als in jener älteren Doktrin geschah, suchten Grolman [4]) und Feuerbach [5]) die praesumtio doli zu begründen, — als nothwendiges Komplement eines Systems nämlich, das den dolus nur in der Bedeutung des Vorsatzes gelten ließ (weshalb Kleinschrod aufrichtig genug gewesen war, zu sagen, der dolus — als das rein Innerliche — könne nur durch Geständniß bewiesen werden [6]). Feuerbach hat die Konsequenz später der allgemeinen Ungunst [7]), die sie erfuhr, geopfert, übrigens dabei die praesumtio der Zurechnungsfähigkeit in der Weise stehen lassen, daß ihr die Vermuthung der Verschuldung untergeschoben war [8]) (§. 55. Anm. 1).

3) So wenig eine Präsumtion für den dolus streitet, ebensowenig streitet eine solche für die culpa, sei es nun im Gegensatze zum dolus [9]), oder im Gegensatze zum casus [10]), ein Satz, der gewöhnlich nicht gehörig herausgehoben wird.

4) Was die neueren Gesetzgebungen betrifft, so wird bei ihrer Beurtheilung meist nicht gehörig zwischen der praesumtio doli überhaupt, und zwischen der

---

1) s. ob. §. 65. Anm. 5. §. 72. Anm. 2. Bei der Nothwehr hat sich dies noch im sächs. LR. und verwandten Rechtsquellen des MAs. erhalten.

2) Mein Wendepunkt ꝛc. S. 248—296.

3) Der RA. 1594. §. 69. gestattete allerdings beim Landfriedensbruch die Erschließung des dolus ex indiciis. Allein auf diesen haben sich erst Neuere wieder berufen.

4) Bibl. I, 2. S. 70 f. Grundsätze §. 55.

5) Lb. §. 60. (in früheren Ausg.). s. auch Almendingen Bibl. II, 2. S. 239. 240.

6) Syst. Entw. I. §. 25. vgl. Heyer Abh. S. 33 f. Unbegreiflich ist, wie Luden Hdb. I. 347. n. 3. diese Ansicht auch mir zuschreiben mag!

7) Tittmann a. a. O. Stelzer Krit. d. Eggers'schen Entw. S. 40. 310—314. Oersted Grundr. S. 279 f. Schulze Entw. d. philos. Prinz. §. 270. n. 3. Borst im N. Arch. II. 434 f. Werner Hdb. §. 202 f. Henke I. §. 57. Wächter I. §. 83. Bauer Anm. I. 427 f. Abh. I. 279 f. Schuster de praes. doli 1829. Jarcke I. §. 30. Roßhirt Entw. S. 212 f. Abegg §. 80. Heffter §. 73.

8) 9te Ausg. §. 86. 87. vgl. N. Rev. S. 254—257. 330. 331.

9) Zur Zeit Beccarias fand eine solche praesumtio Beifall.

10) Eine solche liegt in Ludens Ansicht über die culpa. s. N. Rev. S. 229—236.

bei erwiesenem dolus angeordneten praesumtio doli für gewisse schwerere Folgen der Handlung unterschieden [1]). Die erstere findet sich im preuß. ALR. II., 20. §. 27 [2]), im östr. GB. §. 413 [3]), im bair. Art. 43 [4]); — die zweite dagegen im ALR. §. 806 f., im östr. GB. §. 1, im bair. Art. 41. 44, im sächs. Art. 31, im hannövr. Art. 43, wogegen die erstere im sächs. [5]) stillschweigend, im hann. ausdrücklich (Art. 42) ausgeschlossen ist [6]). Letzteres ist auch im hess. GB. [7]) der Fall, wogegen im wirtemb., braunschw., badischen, thüringischen die Präsumtion als stillschweigend (resp. in den Motiven) verworfen [8]) anzusehen ist.

3) Materielle Absicht (Zweck).

§. 78.

Der Wille als das bewegende Prinzip der Handlung findet zwar in der objektiven Natur der lezteren seine angemessene, nach Art und Größe bestimmte objektive Existenz und eben hiemit das Maß seiner rechtlichen Verantwortlichkeit (§. 56. 58). Ueber dieses durch die objektive Natur der Handlung bestimmte Maß schreitet jedoch der Wille stets hinaus, und sucht durch die erzeugte äußere Existenz nur sich selbst zu befriedigen, seinen Zweck zu erreichen (§. 70. 73) [9]). Mit diesem Zwecke aber, dem besondern Inhalte, den er zur Seele seiner Handlung macht, verhält sich der Wille dem Rechte gegenüber negativ.

II. Die That.

§. 79.

Dem Rechte des Willens (§. 56. 58) steht nach dem Bisherigen das Recht der Thatseite gegenüber, welche 1) sich überhaupt als

1) so z. B. auch noch von Breidenbach I, 2. S. 49. n. 4. s. dag. Bauer Anm. I. 427 f. 433 f. Auch die östr. Juristen (außer Jenull) scheiden meist beides nicht gehörig.

2) vgl. Krim.O. §. 369. Indessen erscheint §. 27. nur als ungeschickter Ausdruck für den Satz, daß der dolus ex re bewiesen werden könne.

3) A. M. Hye S. 147—149. Mittermaier n. 2. z. F. §. 87. s. dag. Jenull I. 124. not. e.

4) vgl. Arnold N. Arch. 1843. S. 527 f. Höfler in v. Zurheins Zeitschr. I. H. 3. S. 282 f.

5) Weiß S. 162. 163. nr. 12.

6) Auch abgesehen vom Art. 43. 44. sind aber im hann. GB. verschiedene weitere Konsequenzen der praes. doli nicht vermieden. Leonhardt I. 212.

7) Art. 59. Auch hier gilt jedoch theilweise dasselbe, wie in der vor. Note. s. Breidenbach I, 2. S. 50. 51.

8) s. Hufnagel I. 104. III. 638. (Motive). Gleichwohl kommt im bes. Theil die Präsumtion nicht selten vor, z. B. bei der Vergiftung, beim Bankerott rc. s. auch bad. GB. §. 401.

9) N. Rev. §. 113. 152. 153. Berner Imput. S. 224—227. Theilnahme S. 150—152. Aus dem Angef. erhellt, daß es falsch ist, den dolus als Zweck zu definiren, wie es Feuerbach, Grolman, Martin u. A. thun.

wesentlich, und bestimmter als Maß der Handlung und Zurechnung geltend macht. Würde dies aber abstrakt gesetzt, so würde 2) folgen, daß der rechtliche oder unrechtliche Charakter der Handlung sich nur nach der äußerlichen rechtsverletzenden oder nicht rechtsverletzenden Eigenschaft der Handlung bestimmte; dies wäre jedoch gegen den Begriff; denn es wäre der Wille als das bewegende und übergreifende Prinzip der Handlung nicht mehr anerkannt. Eben als dieses macht sich aber sofort der Wille geltend im Begriffe des Versuchs. Wie endlich 3) im Begriffe der Absicht das im Begriffe der culpa gebrochene Ebenmaß der beiden Seiten der Handlung sich dadurch herstellt, daß der Wille sich als den gerade auf die eigene objektive Natur der Handlung gerichteten Vorsatz bestimmt, so geschieht hier von der andern Seite her dasselbe dadurch, daß die Thatseite sich in der vollendeten Handlung als die völlig angemessene Objektivirung der Absicht darstellt. N. Rev. §. 114.

A) Geschehen und bloßer Wille.

§. 80.

Schon im Bisherigen (§. 58 f.) liegt a) die abstrakte Wesentlichkeit der Thatseite an der Handlung überhaupt, mithin die Unzurechenbarkeit des bloß Gewollten; b) der Anspruch, daß Alles, was als Handlung gelten wolle, in eine dem Willen angemessene Objektivität übergegangen sein müsse. N. Rev. §. 115. 116. j. §. 77.

1) Das Aeußere, Faktische an der Handlung kann näher in einem positiven Thun und Geschehen, oder aber auch in dem Unterlassen eines Thuns, dem Unterbleiben eines Geschehens bestehen, woraus der den Charakter der absichtlichen oder fahrläßigen Handlung bezeichnende Erfolg hervorgeht. Mit dem Begriffe der Unterlassungsverbrechen ist man früher kritiklos umgegangen, indem man ihn überall anwandte, wo überhaupt durch Unterlassen ein strafbarer Erfolg hervorgebracht wird [1]). Die eigentlichen Unterlassungsverbrechen, d. h. diejenigen, deren spezifisch verbrecherischer Gehalt eben nur in einem Unterlassen besteht, wurden zwar schon von älteren Kriminalisten richtig als solche bezeichnet, wodurch ein Präzeptivgesetz verletzt werde [2]). Allein, was eben nur von solchen eigentlichen Unterlassungsverbrechen gilt, das hat man mit Unrecht auf alle Fälle strafbarer Unterlassung ausgedehnt, d. h. man hat mit Unrecht den Satz aufgestellt, daß alle diese Fälle einen besondern Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraussetzen, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung der unterlassenen

1) Matth. Proleg. c. 4. n. 1. Winckler de crim. ommissionis. 1776. Püttmann advers. jur. II. c. 31. vgl. Klein Grunds. §. 66. Grolman §. 29. Martin §. 69. Wächter I. §. 65. Jarcke I. 122. Tittmann I. §. 47. Salchow Darst. I. §. 12.

2) Engau Elem. §. 15. Koch instit. §. 21.

Handlung begründet werde [1]). Wenn nämlich hiemit gesagt sein soll, daß der verbrecherische Gehalt immer eben nur in der Nichterfüllung der gesetzlich oder sonst durch einen besondern Rechtsgrund konstituirten Verbindlichkeit zum Handeln bestehe, so ist dies nur für die eigentlichen Unterlassungsverbrechen richtig, nicht aber für diejenigen Fälle, wo mittelst einer Unterlassung ein Verbrechen von anderweitigem Gehalt, das auch durch positives Handeln verübt werden kann, begangen wird (z. B. Tödtung durch Verhungernlassen) [2]). Eine andre Frage ist dann aber die, ob in den Fällen der lezteren Art durch Unterlassung ein Verbrechen begangen werden könne ohne Voraussetzung einer speziell begründeten oblig. ad faciendum? Und diese Frage wird von der gewöhnlichen Theorie mit Recht verneint, wenigstens für die Regel [3]). Nur muß man nicht, wie gewöhnlich geschieht, die Materie dadurch verwirren, daß man die Frage über die negative Theilnahme an den Verbrechen Andrer, sowie die über Unterlassung der gehörigen Sorgfalt bei gefährlichen Handlungen, die man selbst begeht, mit hereinzieht [4]). Uebrigens wird sich unten zeigen, daß nach gehöriger Abtrennung verschiedener Fälle der Begriff des eigentlichen Unterlassungsverbrechens auf einen sehr geringen Umfang zusammenschwindet [5]). — Beispiele solcher Unterlassungen, die nicht als solche, sondern als Mittel zur Begehung eines auch auf andre Weise verübbaren Verbrechens strafbar sind, bietet das positive Recht in Menge dar [6]). Dabei ist in der Regel vorausgesetzt, daß der Unterlassende im vorliegenden Falle durch Gesetz oder Vertrag eine spezielle Rechtsverbindlichkeit zur Vornahme der unterlassenen Handlung gehabt habe [7]). Diese Regel sollte zwar nicht ausnahmslos aufgestellt werden; aber eben sowenig spricht dafür, sie gänzlich zu streichen und in der Strafbarkeit der verschiedenen Fälle keinen Unterschied zu machen [8]).

2) Der Satz: cogitationis poenam nemo patitur ist im römischen Rechte auf's Unzweifelhafteste anerkannt [9]). — Das kanon. Recht wurde zwar durch seinen religiösmoralischen Geist folgerichtig zur (wenigstens kirchlichen) Bestrafung

---

1) Feuerbach §. 24. bes. Spangenberg im N. Arch. IV. 527 f. Schaffrath Allg. Thatbest. §. 231.

2) Luden Abh. II. 219 f. Hdb. I. 217 ff. Zachariä Versuch I. 66—70. Breidenbach I. 1. S. 219. 220. Unklar ist Mittermaier Note z. F. §. 24.

3) Heffter §. 29. Bauer §. 64. s. auch Luden selbst Hdb. I. 359—361. not. 7. j. not. 3. 5. und Abh. II. 244. 245.

4) Marezoll S. 128. 132. vgl. Spangenberg und Luden a. a. O.

5) Diese richtige Ansicht tritt neuerdings auch bei Luden hervor. s. auch Baumeister Bemerk. H. 1. S. 12. N. Rev. S. 441. 442.

6) L. 189 D. de V. S. (50. 16). L. 121 D. de R. J. (50. 17). L. 4 D. de agnosc. et alend. (25. 3). §. 6. J. de leg. Aqu. (IV. 3) und sonst.

7) Implicite sagt dies das östr. GB. §. 1. 2., das bair. GB. Art. 1. 142., das wirt. Art. 1. Das hannövr. Art. 1. 225. Das bad. §. 1. 203. Das hess. Art. 2. (vgl. die Ausleg. v. Breidenbach I. 1. S. 216—223), das thüring. Art. 1. vgl. auch sächs. GB. Art. 1 (Krug Studien II. 54 f.), und in besonderer Beziehung auf die Tödtung ausdrücklich das Wirtemb. Art. 136. Daß aber größere Bestimmtheit am Platze wäre, zeigen mehrfach die neueren Kommentare. s. z. B. Leonhardt I. S. 48. vgl. mit Schlüter S. 5. not. 1 und bes. Hufnagel I. 6. II. 10. III. 29. 30. Das preuß. GB. schweigt.

8) s. bes. Hufnagel III. 283—285.

9) L. 18 D. de poen. (48. 19). L. 1. §. 1 D. de furt. (47. 2). L. 53. §. 1. l. 225 D. de V. S. (50. 16). Ueber entgegengesetzte Ansichten von Cujaz. u. A. s. Zachariä Versuch I. §. 100. Simoni dei delitti di mero affetto. I. p. 15 sq.

der nuda cogitatio geführt [1]); allein jedenfalls bequemte es sich mit der Zeit dem weltlichen Standpunkte und wiederholte die Aussprüche des röm. Rechts [2]), wurde auch in der Praxis in diesem Sinne gehandhabt, wenn gleich nicht ganz ausnahmslos [3]). — Hinsichtlich des deutschen Rechts ist die Giltigkeit jenes Grundsatzes niemals bezweifelt worden [4]). Der Grund desselben liegt aber einzig darin, daß es das Recht überall nur mit dem objektivirten Willen zu thun hat [5]).

3) Die Anerkennung der Wesentlichkeit der objektiven Seite erhält aber, abstrakt festgehalten, noch den bestimmteren im §. a. E. angegebenen Sinn. Die Thatseite kann sich nämlich als Totalität immer nur in der Weise behaupten, daß sie die Willensseite sich voraussetzt, da das Gegentheil die absolut gedankenlose Rohheit wäre [6]). Daher kann auch jene Auffassung der Thatseite als des überwiegend zu Berücksichtigenden, wo sie im positiven Rechte hervortritt, nicht ohne die angeführte Beschränkung verstanden werden, wenn gleich allerdings in Zeiten geringer Kultur die vorausgesetzte Willensseite nur erst in sehr groben Umrissen entwickelt sein, ja ihre Voraussetzung zeitweise geradezu als praesumtio doli bei bloßem Ohngefähr hervortreten kann. Die bekannten geschichtlichen Beispiele hiefür sind das germanische Recht und das römische Privatstrafrecht. Ueber das erstere s. o. §. 48. Anm. 2. Was dagegen das leztere [7]) betrifft, so lag es allerdings in der schlechthin mangelhaften Auffassung des Verbrechens als Privatdelikt, zunächst nur auf den Erfolg zu sehen und die Willensseite als ganz indifferent zu setzen. Allein diese ursprüngliche Rohheit der Auffassung erscheint in den uns vorliegenden älteren Bestimmungen des römischen Privatstrafrechts bereits als gemildert, resp. ganz beseitigt. Dagegen hat sich gemäß diesem Prinzipe bis in die lezte Zeit der andre Grundsatz [8]) erhalten, daß ein Privatdelikt nur mit wirklich rechtsverletzendem Erfolge denkbar sei. Hievon liegt auch keine Abweichung darin, daß man mit der Zeit das Bedürfniß empfand, auch bei Privatdelikten die bloß zum Versuch gediehene Handlung strafbar zu machen, und dieses Bedürfniß wenigstens theilweise dadurch befriedigte, daß man für derlei Fälle die

---

1) Csa 33. qu. 3. de poenit. D. 1. c. 25. 28—30. vgl. Csa 15. qu. 1. c. 13.

2) Csa 33. qu. 3. de poenit. D. 1. c. 14. 20.

3) z. B. bei der Häresie: s. J. Clarus §. fin. qu. 91. n. 1. vgl. dagegen Duranti spec. L. III. Rubr. 1.

4) P.G.O. Art. 178. Oestr. GB. §. 8. Bair. Art. 57. und Anmerk. I. 67. 177 rc.

5) Matth. Proleg. c. 1. n. 5. 6. Mit Unrecht polemisirt Wächter I. §. 48. n. 3. hier gegen Feuerbach. Andere Gründe s. noch bei Henke I. S. 198. und den bei Zachariä Versuch I. §. 98. n. 2. 3. Angef.

6) N. Rev. §. 116. 117.

7) Mein Mord und Todtschl. S. 21. 27—29. 50. 51. 67 ff. vgl. schon Jac. de Bellov. III. c. 26. nr. 2—8. Cropp de praec. j. Rom. c. puniend. con. I. p. 67 sq. Zachariä a. a. O. I. 137—147.

8) Gaj. III. §. 223. Paul. R. S. V, 4. §. 6. Coll. II. §. 5. L. §. 1. 2 D. quod quisque jur. (2. 2). L. 5. §. 2 D. ne quis eum (2. 7). L. 15. §. 10. 17 D. de injur. (47. 10). §. 8 J. de Obl. quae ex del. (IV. 1). L. 21. §. 7 D. de furt. (47. 2). L. 27. §. 17. D. ad l. Aqu. (9. 2). L. 3. D. stellion. (47. 20). vgl. L. 36. pr. L. 43. §. 5. 10. 11. L. 52. §. 19. L. 67 D. de furt. (47. 2). L. 11. §. 3. L. 15. §. 1 D. ad l. Aqu. (9. 2).

actio injuriarum oder die accusatio vis oder eine andre gestattete [1]). Denn eben die Art der Aushilfe zeigt ja, daß man am Prinzip selbst nichts ändern wollte [2]).

B) Der Versuch.

§. 81.

Gemäß dem Begriff der Handlung muß aber die Objektivität derselben die Subjektivität als das über sie Uebergreifende anerkennen. Diese Bestimmung, für sich entwickelt, ergiebt den Begriff des Versuchs, in welchem sich eben jenes Uebergreifen spezifisch darstellt. Die Thatseite zeigt sich hier als die unvollkommene Erscheinung des Willens in der doppelten Weise, daß sie nicht die Extensität hat, welche im Willen lag, und daß sie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den lezteren erhält. N. Rev. §. 117. 118 [3]).

1) Ob das römische Recht (abgesehen von dem Kreise des Privatstrafrechts) schon in früherer Zeit, namentlich zur Zeit der 12 Tafeln, auch das bloß versuchte Verbrechen unter seinen Strafdrohungen begriff oder nicht, läßt sich nicht mit Sicherheit ermitteln [4]). In der Sullanischen Gesetzgebung tritt jedenfalls der Grundsatz als völlig ausgebildet hervor: daß der irgendwie thatsächlich geäußerte dolus das Strafbare, und zwar auf allen Stufen seiner Manifestation

---

1) Paul. R. S. II. 31. §. 35. L. 21. §. 7 D. de furt. (47. 2). vgl. L. 1. §. 1. D. ad leg. Corn. de sic. (48. 8).

2) Daß auch die l. 20 C. de furt. (6. 2) keine entgegengesetzte Regel aufstellt, darüber s. Zachariä I. 146. 147. vgl. Cropp l. c. S. I. 70. S. II. 140. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 559. Wächter Lb. I. S. 53. Luden Abh. I. 190. 191.

3) Tabor Diatrib. jur. argum. de conatu. 1669. Traug. Thomasius an poena delicti perf. puniendus sit. conat. 1735. vgl. Böhmer Hdb. d. Liter. S. 624—626. Meister Urth. und Gutachten nr. 25. Witzel kurze Erörterung d. Untersch. zw. unterstandenen ꝛc. Verbr. 1808. Cropp Comm. de praec. jur. Rom. c. puniend. conatum del. 1813. Brunn-Neergard de con. del. 1817. Wintgens de con. del. 1822. Jordan de nonnullis controv. ad con. del. sp. 1826. Kettelhodt Comm. de consummat. del. 1826. Brower de con. crim. 1826. Lelièvre Comm. de con. del. 1828. Mittermaier im N. Arch. I. 163 f. II. 602 f. IV. 1 f. X. 536 f. Hepp Versuche nr. 10. und im N. Arch. 1836. S. 31 f. 230 f. Zachariä d. Lehre vom Versuch. 1836. 39. Luden Abh. I. 1836. Pfotenhauer Einfluß des faktischen Irrthums bei versuchten Verbr. 1838. Zirkler in Demmes Annal. V. nr. 6 und N. Arch. 1839. S. 276 f. Bauer Abh. I. 305 f. — vgl. noch Kitka in Wagners Ztschr. 1832. I. 161. 218. Skari eb. 1835. I. 384 f. Menzel in Wildners Jurist. 1840. III. 103 f. Rossi traité II. c. 29 sq. Carmigniani teor. delle legge III. 304 sq. Romagnosi (Luden) II. 1—67. van de Veen de con. del. 1832. Niccolini del. tentativo. 1837. de Jonghe de del. adv. remp. comm. 1845. II. p. 143 sq. Sanio Obs. ad l. Corn. de sic. p. 86 sq. Brackenhöft N. Arch. 1847. S. 58 f. 241 f. Haus Obs. s. le proj. de révis. I. 64 sq. Hélie II. p. 1 sq. Otto vom Versuch ꝛc. 1854.

4) Dagegen s. Luden S. 58 ff. Zachariä I. 106 f. Rein S. 123. Dafür Mein Moro und Todtschl. S. 42—48. 87—95. vgl. Cropp II. 40. 65. 82 ꝛc.

auf gleiche Weise Strafbare sei [1]). Es ist jedoch bestritten, a) ob das römische Recht eine allgemeine formelle Regel über den Versuch gehabt habe, was die meisten Aelteren seit den Glossatoren annahmen [2]), und was auch mehrere Neueren noch behaupten [3]), indem sie die vorkommenden Ausdrücke: imperfectum flagitium, conatus, voluntas sceleris, crimen coeptum, inchoatum für technische nehmen, oder ob umgekehrt das römische Recht den Begriff des Versuchs sich technisch noch gar nicht entwickelt, daher die von ihm mit Strafe bedrohten Versuchshandlungen formell als vollendete Verbrechen oder wenigstens als diesen gleich angesehen habe [4])? Von diesen Ansichten erscheint die leztere im Ganzen als die richtigere [5]), mit der Modifikation jedoch, daß denn doch im Laufe der Kaiserzeit die Unterscheidung von Versuch und Vollendung auch als technische aufgefaßt und aus dem Grundsatze, der in den leges in besonderer Anwendung zur Geltung gebracht worden war, nun auch wirklich eine allgemeine Regel formulirt wurde [6]). Eben damit erledigt sich b) die Frage, ob die in den leges so zahlreich vorkommenden Bestrafungen verschiedener Versuchshandlungen als strikt zu interpretirende Singularitäten [7]), oder nur als einzelne Anwendungen einer allgemeinen Regel anzusehen seien (wie man bisher fast allgemein annahm) [8])? Die frühere Ansicht hat wohl durchaus Recht, wenn sie jene Bestimmungen aus einer dem Geiste des öffentlichen Strafrechts der Römer entsprechenden Grundansicht

---

1) Cic. p. Cluent. 54. p. Milone 7. Coll. I. §. 2. 3. 6. L. 1 pr. §. 1. 3. L. 3. §. 1 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 7—9. C. eod. (9. 16). L. 1 D. ad l. Pomp. (48. 9). L. 3 pr. §. 5 D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6). l. 7 §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). L. 6. §. 2 D. ad leg. Fab. (48. 15). L. 1. §. 1. 2. L. 8. 9 pr. §. 3 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10).

2) In der Regel jedoch nur in Beziehung auf delicta atrociora. s. Gloss. z. l. 5 C. de episc. et cler. Azo ad l. 5 C. ad l. Jul. maj. Bartol. ad l. 15 C. ad l. Corn. de sic. Die Ansichten von Gandinus, J. de Bellovisu, Battandier, J. Clarus, Cujaz, J. Gothofredus, Damhouder, Matthaeus s. bei Zachariä I. 96—102.

3) s. bes. Welcker lezte Gründe S. 555 f. Cropp I. 51 sq. Roßhirt Lb. §. 47. Entw. 320. Schröter §. 83. Wächter I. §. 85. n. 67.

4) Bynkershoek Obs. III. c. 10. Nordkerk Obs. c. 10. Püttmann Elem. §. 32. 58. Cremani de j. crim. I. P. 1. c. 4. §. 50. Renazzi Elem. I. c. 4. §. 5. Simoni dei delitti di mero affetto. I. c. 1. 2. Lelièvre p. 65 sq. Sanio p. 86 sq. Zachariä I. 110 f. II. 88 f. Luden S. 9 f. 257 f. Rein S. 124—126. de Jonge II. p. 54 sq. Pfotenhauer S. 128. 160.

5) Mein Mord und Todtschl. S. 105—126. vgl. Cropp I. 69. Kettelhodt p. 8.

6) L. 14 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8), — eine freilich sehr verschieden erklärte Stelle, — L. 5 pr. C. ad l. Jul. maj. (9. 8), L. 1 C. Th. ad l. Jul. de amb. (9. 26). L. 7—9 C. ad l. Corn. de sic. (9. 16). L. 3. §. 3. 4. l. 13 D. eod. (48. 8). §. 15 J. de publ. jud. (IV. 18). L. 16 C. de quaest. (9. 41). L. 5 C. de episc. et cler. (1. 3). L. 6 pr. C. de his qui ad eccl. (1. 12). L. 3. §. 11. L. 6. §. 7 D. de R. M. (49. 16). L. 10. §. 1. L. 11 pr. D. ad l. Jul. pecul. (48. 13).

7) Dies behaupten eben wieder Bynkershoek, neuerdings Sanio, Zachariä, Luden, Rein und die übrigen zuvor Genannten.

8) Dabei gieng die communis opinio dahin, daß die Regel entweder allgemein oder doch bei del. atrociora (resp. crimina ordinaria) auf gleiche Bestrafung des Versuchs und der Vollendung laute. A. M. Kress ad art. 178. §. 2. nr. 6. und Meister Urtheile und Gutachten S. 422 f. und im N. Arch. I. 466—470, — und wenigstens relativ Böhmer Med. ad art. 178. §. 8—10 und die dort Angef.

ableitete, Unrecht dagegen, wenn sie schon zur Zeit der quaestiones perpetuae diese Grundansicht als Regel formulirt annahm. Andrerseits hat die neuere Ansicht wohl sehr Unrecht, wenn sie Letzteres auch für die Zeit läugnet, wo mit der cognitio extra ordinem eine freiere Bewegung gestattet war [1]). Sie vermag jedenfalls nicht in Abrede zu ziehen, daß im Laufe der Zeit die ausnahmsweise strafbaren Versuchsfälle durch Sconsulta, Reskripte ꝛc. vielfach vermehrt und solche Fälle häufig durch usus zu eignen crim. extraordinaria geworden seien [2]). In der That fehlt es nicht an Beispielen hiefür [3]), während im Uebrigen die crim. extraordinaria, was die Bestrafung bloßer Versuchshandlungen betrifft, bald wie die Privatdelikte (namentlich solche, die aus Privatdelikten hervorgegangen oder wesentlich nur polizeilicher Natur waren) [4]), bald nach der bei den crim. ordinaria befolgten Regel behandelt wurden [5]). Es wurde aber die cognitio extra ordinem mit der Zeit noch weiterhin das Mittel, den Begriff des Versuchs auch technisch in das röm. Recht einzuführen [6]), und zwar bereits in der Weise, daß wenigstens in einzelnen Fällen der Versuch eine gelindere Behandlung erfuhr, als das vollendete Verbrechen [7]). —

2) Im entschiedenen Gegensatze gegen das römische Recht steht das germanische, — nicht etwa in der Art, daß es die materielle Rechtsverletzung als solche ohne Rücksicht auf den Willen als das Strafbare angesehen und folgeweise den bloß zum Versuche gediehenen Willen nie gestraft hätte [8]), sondern nur in der Weise, daß es die That zum Maß der Strafbarkeit macht. Der einfachste und rohste Ausdruck hiefür ist der, daß überall nur beim Vorhandensein einer äußeren Rechtsverletzung Strafbarkeit angenommen und das darüber hinaus etwa weiter beabsichtigte größere Verbrechen nicht beachtet wird [9]). Bei fortschreitender Bildung muß es dann aber nothwendig dazu kommen, daß diese naive Auffassung der Handlung überwunden, d. h. daß der Wille als das bewegende Prinzip

---

1) s. auch Einräumungen bei de Jonge II. 78 sq., bes. aber Zirkler a. a. O.

2) vgl. z. B. Zachariä I. 116. 131—133. II. 103. n. 3. Rein S. 126.

3) Paul. R. S. V, 4. §. 4. 5. 14. L. 1 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 3. §. 2 D. de off. praef. vig. (1. 15). L. 4. §. 12 D. de R. M. (49. 16), L. 38. §. 5 D. de poen. (48. 19). L. 1 §. 2 D. de effract. (47. 18). Nov. 14. L. 13 D. de cust. reor. (48. 3). l. 8 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8).

4) L. 1. §. 1. l. 3 D. de abig. (47. 14). L. 16. §. 7 D. de poen. (48. 19). L. 1. §. 1 D. de effract. et expil. (47. 18). L. 1. §. 7 D. de off. praef. urb. (1. 12). l. 3 D. de his qui not. (3. 2). Paul. R. S. V. 4. 13. V, 12, 6. L. 3 D. de stellion. (47. 20).

5) L. 1. pr. D. de praevaric. (48. 15). L. 11. §. 2 D. de publican. (39. 4). Paul. V. 4, 16.

6) L. 1 pr. §. 2 D. de extraord. crim. (47. 11). Nov. 117. c. 9. §. 3. L. 1. §. 2 D. quod quisque (2. 2). L. 5 C. ad l. Jul. maj. (9. 8). L. 1 C. Th. ne praeter crim. maj. (9. 16) L. 1 C. Th. ad l. Jul. de amb. (9. 26).

7) L. 1 pr. §. 2 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 6 pr. D. eod. L. 3. §. 10. 11 D. de R. M. (49. 16). L. 16. §. 8 D. de poen. (49. 18). vgl. Platner quaest. p. 383. N. Rev. S. 409. 410. und Zachariä II. 98.

8) so noch Berner Imput. S. 289. 290.

9) Wilda S. 598 antizipirt hier, wie gewöhnlich, für das altgermanische Recht einen geistigen Standpunkt, dem es noch nicht gewachsen war. S. 599 gibt er aber selbst zu, daß die germanische Rechtssprache keinen Ausdruck für den Begriff des Versuchs gehabt habe.

derselben erkannt wird. Damit entsteht dann erst der Begriff des Versuchs, welcher die Rücksicht auf das Hinausstreben des Willens über die vorliegende unvollkommene Erscheinung zur Vollendung der vorgesetzten Handlung voraussetzt [1]). Es wird aber ein Recht, das von der angef. Grundansicht über die Wesentlichkeit der Thatseite ausgeht, niemals das versuchte Verbrechen dem vollendeten in der Strafe gleichstellen können [2]). In der That trifft alles dieses bei dem germanischen Rechte zu. Weit die Mehrzahl der darin vorfindlichen Bestimmungen gehört dem ersteren Standpunkte an, d. h. es wird eine auf die Hervorbringung eines größeren Verbrechens gerichtete, aber fehlgeschlagene Absicht nur insoweit gewürdigt, als sie wirklich zu einer geringeren Rechtsverletzung geführt hat, die nun als solche [3]) bestraft wird [4]). Allein gleichwohl findet sich auch in mehreren Bestimmungen der Volksrechte der Begriff des Versuchs bereits deutlich aufgefaßt, dabei aber auf den Versuch fast immer eine bedeutend geringere Strafe gesetzt, als auf das vollendete Verbrechen [5]). Zugleich zeigen sich manche, welche auf verschiedene Weise einen Uebergang von der einen zur andern Auffassung zu machen suchen [6]). Nur ganz vereinzelt, und ohne Zweifel aus dem Einflusse des röm. Rechts oder der Geistlichkeit zu erklären, findet sich gleiche Bestrafung des Versuchs mit dem vollendeten Verbrechen angeordnet [7]). — Im kanonischen Rechte hat sich kein fester Grundsatz über die Strafbarkeit des Versuchs gebildet. Im Dekret sind eine Reihe der römischen Bestimmungen aufgenommen [8]), wogegen die Dekretalen sich bald zu der (dem Geiste des kan. Rechts ohne Zweifel gemäßeren) Ansicht des röm. Rechts neigen [9]), bald sich der germanischen Auffassung anbequemen [10]). — In den Rechtsbüchern des MAs. finden sich nur theilweise Spuren von der Auffassung des Versuchs als

1) Diese verschiedenen Standpunkte hält auch Zachariä II. 8. 9. und 130—134 bei Besprechung des älteren deutschen Rechts nicht gehörig auseinander.

2) Nur dies hat Luden S. 302 f. am germanischen Recht hervorzuheben gewußt, dem er überdies sehr willkührliche Behauptungen unterschiebt.

3) Hierin liegt das Wesentliche, nicht in dem Unterschied von Buße und Wergeld, den Wilda mit hereinzieht.

4) L. Rip. tit. 2—5. L. Alam. tit. 65. L. Baj. III, 1. VII, 1, 3. L. Fris. tit. 22. L. Angl. et Wer. tit. 2—5. L. Burg. tit. 37. L. Wisig. VI, 2, 4. VI, 4, 2. K. Alfreds weltl. Ges. c. 11. Wilh. Ges. c. 19. vgl. L. Wisig. VIII, 6, 3. L. Burg. XV, 1. XXV, 1. XXVII, 7. Ed. Roth. c. 26—28. 139. 282. 289. L. Sal. em. XII, 5. 6. XXIX. 7. 13. 26. 33. 34. L. Alam. tit. 58.

5) Nicht hierher gehören hochverrätherische Verschwörungen u. landesverrätherische Verhandlungen (L. Sax. III, 1. L. Baj. II, 1. 3. L. Roth. c. 1. 3. 4. 7), da man hierin vollendete Verbrechen sah; — wohl aber L. Sal. em. XVIII, 1. XIX, 1, 10. 11. XXI, 1. XLIII, 10. 11. Ed. Roth. c. 140. 141. L. Wisig. VI, 2, 2. L. Sax. II. 10. Nicht beachtet sind diese Stellen bei Roßhirt Entw. S. 314. 315.

6) s. bes. L. Alam. 71. L. Wisig. VI, 4. 8. L. Rip. 83. L. Baj. III. 2. 4—6. 7. (vgl. Grimm RA. S. 651). Constit. regni Sic. I. tit. 2. 12. L. Sax. I. 6. 8—10.

7) Capit. Car. M. VII. 212. (W. II. 723). Dagegen gehört hierher nicht, wie Luden S. 326. 327 meint, L. Burg. II, 1—5., eher vielleicht L. Baj. VII, 18. L. Wisig. VI, 3, 1.

8) Caus. 33. qu. 3 de poenit. D. 1. c. 6. 9—17. 19.

9) c. 3. X. de spons. (4. 1). c. 7 X. de eo qui cogn. (4. 13). c. 1 in 6° de homic. (5. 4).

10) c. 6. 18. X. de homic. (5. 12). Zachariä I. 168. 169. II. 139. 140.

solchen [1]), wogegen allerdings mancherlei materiell als bloße Versuche erscheinende Handlungen unter der elastischen Rubrik des Friedebrechens überhaupt [2]) oder unter besondern Rubriken, wie z. B. Heimsuchung [3]), Wegelagerung [4]), Schwerdtzücken rc. [5]), resp. unter dem Hinzutreten der prozessualischen Grundsätze über handhafte That [6]) größere oder geringere Strafe nach sich ziehen konnten. Jedenfalls erscheint als der vorherrschende Gedanke der, daß der Versuch als solcher nicht, oder — wenn überhaupt — doch bedeutend geringer, als das vollendete Verbrechen zu strafen sei [7]), was aber in der Regel [8]) nur in der Weise hervortritt, daß die Versuchshandlung als eigenthümliches Verbrechen geringerer Gattung gewürdigt wird. Diese germanische Auffassung hatte sich im MA. auch in italienischen Statutarrechten geltend gemacht [9]), wenn gleich es auch nicht an Beispielen der strengeren (römischrechtlichen, dem Standpunkt des Polizeistaats entsprechenden) Auffassung des Versuchs fehlte [10]). Jedenfalls erschien die erstere so sehr als die überwiegende, daß selbst die Glosse [11]) schon davon Notiz nahm, die italienischen Praktiker aber dieselbe geradezu als eine generalis totius mundi consuetudo aufführten, die eines weiteren Beweises gar nicht bedürfe [12]). Bei dem offenbaren Konflikt aber, der hiemit zwischen römischem und germanischem Recht entstand, half sich die italienische Doktrin mit einer Akkomodation, indem sie zwar die germanische Ansicht, daß der Versuch jedenfalls geringer zu strafen sei, als die Regel gelten ließ [13]), dagegen auch wieder

---

1) s. bes. Schwäb. LR. c. 326. (vgl. L. Alam. 71). Magdeb. R. 1304. not. 8 (Gaupp S. 271). Auton. v. Speier b. Lehmann IV. 16. n. 6. 7. Oeffn. v. Kyburg (Grimm Weisth. I. 19), von Rickenbach, Tablatt, Rorschach rc. (eb. 215. 229. 236). Sehr viel Willführliches enthält hierüber Luden S. 335—397.

2) Sächs. LR. I. 63. §. 1. II. 71. III. 45. §. 11. KaiserR. II, 19 und die meisten Gesetze über den Landfrieden.

3) Schwäb. LR. c. 301. I. Landfr. Rudolphs I. a. 1281. art. 6. 7. Saalfeld. Stat. (Walch I. Art. 1.) Augsb. Stat. (W. IV.) art. 184 f. Wiener Stadtr. 1221. c. 29. (Gaupp II. 245).

4) Rechtsb. n. Distinkt. IV. 12. Gosl. Stat. (Göschen) S. 46, 19—25. s. noch Ref. d. bair. LRs. 1518. Tit. 16. art. 5. 6.

5) Sächs. LR. I. 62. §. 2. Gosl. Stat. (Göschen) S. 34, 30—34. Soester Schrae Art. 32 (Emmingh. p. 103).

6) Sächs. LR. II. 16. §. 2. Gosl. Stat. (Göschen) S. 34, 5—8. Rechtsb. n. Dist. IV, 7, 5. vgl. das o. a. Magdeb. R.

7) Wenn Luden namentlich die Vergiftung dagegen anführt, so ist dies entschieden falsch, da sie gar nicht als Versuch, sondern als vollendetes Verbrechen nach Analogie der Zauberei erscheint. Bezeichnend genug ist im Gegentheil, daß sich die Glosse zu SSp II, 13 für das Gegentheil (beim nächtlichen Diebstahl) auf das röm. Recht beruft.

8) Ausnahmen von der gemeinen Strafbarkeit finden meist nur da statt, wo die materiell als Versuch erscheinende Handlung schon an sich oder in prozessualischer Hinsicht selbst als Friedensbruch hervortritt. s. auch Zöpfl Bamb. R. S. 128.

9) z. B. Stat. Ravenn. bei Zachariä II. 135. n. 2. Stat. Ferrariae u. A. bei Menoch. arb. quaest. II, 4. cas. 360.

10) z. B. Mailänder Stat. b. Zachariä a. a. O. n. 3.

11) Gl. zu l. 11 D. de rer. div. (1. 8).

12) s. darüber Luden S. 403 f. Zachariä I. 96—101. II. 138—152. Roßhirt Entw. S. 319—321. Pfotenhauer S. 170 f. Eine höchst wunderliche Auffassung der germanischen Ansicht im Gegensatz zu der (richtig aufgefaßten) republikanisch-römischen s. bei Brackenhöft S. 63—67.

13) s. bes. Durantis Spec. IV. de accus. §. 1. Bartol. ad l. 1. §. 3 D. ad l. Corn. de sic. Baldus ad l. 3. C. de serv. fug., ad l. 5. C. (1. 3). u. ad

auf den Grund des röm. Rechts (resp. des kanon.) [1]) hin bald mehr, bald weniger Ausnahmen in Beziehung auf crimina atrociora od. atrocissima machte, bei denen mindestens der nächste Versuch der Vollendung gleich bestraft werden sollte, wogegen fast allgemein angenommen wurde, daß bei delicta leviora schon nach röm. Recht der Versuch straflos sei. — Indessen ergiebt sich namentlich aus Clarus [2]), daß die italienische Praxis zu seiner Zeit sehr schwankte, wogegen in der deutschen Praxis vor der P.G.O. von einer Bestrafung des Versuchs als solchen nicht die Rede gewesen zu sein scheint [3]). — Höchst wahrscheinlich auf der Grundlage der ital. Doktrin [4]) stellte nun aber die P.G.O. Art. 178 (Bamb. 204) ebenso treffend als bündig den allgemeinen Grundsatz auf, daß der Versuch bei peinlich (nicht bei bürgerlich, resp. polizeilich im modernen Sinn) [5]) zu ahndenden Vergehen peinlich, aber daß er stets [6]) gelinder, als das vollendete Verbrechen bestraft werden solle. — Gleichwohl hielten sich die deutschen Kriminalisten [7]) seit der P.G.O. noch immer weniger an sie, als an das röm. Recht [8]) oder mindestens an die Lehre der Italiener, namentlich an den Satz, daß bei den crimina atrocissima (wohin freilich der eine dies, der Andre jenes rechnete) der Versuch der Vollendung gleich zu bestrafen sei [9]). Mit Entschiedenheit wurde der allgemeine Grundsatz der P.G.O. erst von Kreß als solcher geltend gemacht; und diese Ansicht wurde seit dem 18. Jahrh. weitaus [10]) die herrschende [11]). Nur beim Hochverrath machten immer noch Viele bis auf die neuere Zeit eine durchaus verwerfliche [12]) Ausnahme. — Auch in den Gesetzgebungen

---

l. 11. C. (9. 1). Bonif. de Vitell. rubr. de homic. u. de insultu. Bossius b. Zachariä II. S. 143. Clarus §. fin. qu. 87. n. 1. qu. 92. Menoch. cas. 360. Damhouder bei Zachariä II. 168. 169. Rauchdorn eb. S. 170—172.

1) c. 1. in 6° de homic. (5. 4). Augustin. Arim. ad Angel. rubr. Et Sempr. Rud. nr. 7.

2) §. fin. qu. 92. Gegen dessen Darstellung bei Zachariä s. Pfotenhauer S. 177. 178.

3) Zachariä II. 166. n. 1. vgl. I. 172. n. 1. Abr. Sawr und Seb. Brand beweisen nur, daß die romanisirenden Gelehrten hier, wie sonst, die einheimischen Grundsätze über Bord zu werfen geneigt waren. Uebrigens führt Sawr selbst an, daß nach sächs. Recht der Versuch straflos sei. vgl. Sächs. Lehnr. 39. §. 2. u. die bei Carpzov qu. 17. n. 15. citt.

4) Zachariä II. 153. Pfotenhauer S. 163—180. Heffter Lb. §. 76. n. 6.

5) Also z. B. nicht in den Fällen der Art. 157. 165. 167—169, der R.P.O. 1577. Tit. 17. §. 1—8. Blumblacher ad art. 178. p. 409. Gegen Wächters Behauptung, daß die röm. Privatdelikte ausgeschlossen seien, s. Zachariä I. 176. n. 4. A. M. Luden Hdb. I. 380. n. 3.

6) Eine Ausnahme enthält der Art. 130. A. M. ist mit Carpzov u. Blumblacher auch wieder Zachariä II. 156. 157. s. jed. Wächter II. §. 169. n. 47. b.

7) Luden S. 426—434. Zachariä II. 166 f.

8) so Perneder u. König.

9) so Remus, Rauchdorn, Vigelius, Em. v. Rosbach, und selbst Carpzov, der zwar qu. 17. n. 13. die Regel der P.G.O. allgemein aufstellt, doch aber wieder die eine und andre Ausnahme macht, desgl. Blumblacher.

10) A. M. war Böhmer ad Carpz. qu. 2. obs. 4. Med. ad art. 178. §. 7. sq. u. neuerdings noch Tittmann I. § 98.

11) s. die Citate bei Zachariä II. 182—185.

12) s. dag. Kleinschrod I. §. 41. Wächter II. §. 228. n. 34. Luden

seit der P.G.O. tritt noch längere Zeit hindurch die Ansicht hervor, daß bei del. atrocissima eine Ausnahme gemacht werden müsse [1]), mindestens bei beendigtem Versuche. Dagegen findet sich der Grundsatz der P.G.O. als allgemeiner (höchstens mit Ausnahme des Hochverraths) [2]) fast in allen deutschen Gesetzgebungen seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts anerkannt [3]). Im Gegensatz hiezu hat das französische Recht seit dem Ende des vorigen Jhs. [4]) den Grundsatz aufgenommen, daß jeder zum Anfang der Ausführung gediehene Versuch — bei Verbrechen allgemein, bei Vergehen wenigstens in den gesetzlich besonders bestimmten Fällen — dem vollendeten Verbrechen gleich bestraft werden solle [5]). Dieser Auffassung nähert sich das preuß. GB. §. 31—33 [6]), und — in noch minderem Grade — das Wirt. Ges. v. 13. Aug. 1849, Art. 10 [7]) (resp. das östreichische, welches den Versuch (§. 8.) wenigstens theilweise als Strafmilderungsgrund auffaßt) [8]). Dagegen haben die neueren Gesetzgebungen meistens den Begriff des Versuchs, abweichend von der P.G.O., ganz allgemein aufgestellt. Abweichungen s. im preuß. GB. (das dem Code pén. folgt), und im Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 11. 12 [9]), welches mehr dem Sinn der P.G.O. entspricht.

§. 82.

Hiernach sind im Begriffe des Versuchs folgende Momente zu unterscheiden. 1) Das Willensmoment bestimmt sich nothwendig als dolus. Denn über die Thatseite bestimmend übergreifen kann nur der positive, als Vorsatz und Absicht erscheinende Wille, während der negative, kulpose Wille umgekehrt durch das Thatmoment als das über ihn Uebergreifende bestimmt ist, daher Versuch und culpa sich gegenseitig abstoßen. Näher aber kann das Willensmoment im Versuch der dolus nicht in der Bedeutung des Vorsatzes, sondern nur in

---

S. 510. n. 1. Zachariä im N. Arch. 1838. S. 221 f. Bauer Strafrechtsfälle II. 201 f.

1) Kursächs. Konst. 1572. Preuß. LR. 1620. b. Zach. II. 191—196. vgl. dagegen das bair. LR. 1616. Das Kurpfälz. 1582. eb. S. 198—200, und andrerseits wieder die Oestreich. L.G.O. 1678. eb. S. 200—202.

2) Eine rühmliche Ausnahme macht der Cod. Maxim. c. 8. §. 2, wogegen die Theres. auch beim qualif. Mord den Versuch der Vollendung gleichstellt.

3) Zachariä II. 205—224. Bair. GB. Art. 57 ff. Wirt. Art. 61—73. Hannövr. Art. 36—38. Sächs. Art. 26. Braunschw. §. 35. 36. Hess. Art. 63—70. Bad. §. 104—116. Thüring. Art. 22—28. Sächs. Entw. Art. 39—41.

4) Ueber das ältere franz. Recht s. Hélie c. X. u. Tiraqueau, Jousse ꝛc. ꝛc. ib. citt. Lelièvre p. 159—188.

5) Code pén. art. 2. Ueber das Ges. v. J. 1832. s. Hélie l. c. Rossi traité II. c. 31. Lelièvre p. 203 sq. Die Praxis hilft sich mit circonst. attenuantes.

6) Beseler S. 146—151. Goldtammer I. 244 ff.

7) so auch der Bair. Entw. Art. 39.

8) Hye S. 298. 333. 334.

9) vgl. Polizei-Straf.GB. Art. 107.

der Bedeutung der Absicht (§. 73) sein, da im ersteren Falle der Begriff des Versuchs vom subjektiven Belieben abhienge, während er doch vermöge seiner Beziehung auf den Begriff der Handlung nothwendig zugleich eine objektive Maßbestimmtheit haben muß. N. Rev. §. 119. u. oben §. 68.

1) Die Nothwendigkeit dieses ersten Erfordernisses ist fast ausnahmslos [1]) anerkannt. Mit Recht hat man sie bald aus dem Begriff des Versuchs [2]), der die Richtung auf ein Ziel einschließe, bald aus dem Begriff der culpa abgeleitet, der in der That erst mit der rechtsverletzenden Folge selbst in die Existenz tritt, da erst nach wirklichem Eintritt der Folge die Frage entstehen kann, ob dieselbe vorher hätte bedacht werden können [3]), sowie auch erst der eingetretene Erfolg den Haltpunkt für eine bestimmte Strafe des kulposen Handelns giebt [4]). Etwas Andres ist es, wenn die Polizei gewisse zunächst bloß möglicherweise rechtsverletzende Handlungen herausgreift und eben um ihrer Gefährlichkeit willen zu Polizeivergehen stempelt [5]) (§. 18. 68). Solche Polizeivergehen sind dann eben nur als vollendete Polizeiübertretungen, keineswegs als Versuche kulposer Vergehen anzusehen [6]). Vielmehr ist aber noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß auf kulpose Handlungen ebensowenig der Begriff der Vollendung, als der des Versuchs Anwendung leide, da beide Begriffe nothwendige Korrelate sind [7]). — Daß ferner der dolus hier in der Bedeutung der Absicht genommen, d. h. daß nicht der beliebige Vorsatz oder Endzweck des Handelnden, sondern der Begriff des Verbrechens der Bestimmung des Begriffs des Versuchs zu Grund gelegt werden müsse [8]), ist gleichfalls als allgemein [9]) anerkannt zu

---

1) Ausnahmen machen Grolman §. 49. (als Konsequenz seiner philosophischen Ansicht) und (ohne solche Folie) Hepp Versuche S. 259 f. u. N. Arch. 1836. S. 35—41, der sich hier ganz mit Unrecht auf Romagnosi beruft. s. dag. Bauer Abh. I. 291. 328. Luden S. 267. n. 2. Pfotenhauer S. 42—45. Zachariä I. 37—42. N. Rev. S. 340—342. vgl. de Jonge II. 223—230. Otto S. 1—10. 36.

2) Böhmer Med. ad art. 178. §. 2. Kleinschrod I. §. 36. Mittermaier N. Arch. I. 165. 181 f. X. 542. Roßhirt Entw. S. 330. 331. Lelièvre p. 13. Henke I. 254. Tittmann I. §. 96.

3) Henke I. 255. u. 355. 356, wo er der übrigens die Natur der kulp. Handlung verkennenden, krim. polit. Deduktion von Oersted Grundregeln S. 250 f. folgt. Schröter §. 90. Martin §. 35. 49. u. Rechtsgutachten I. S. 34 f. Hye S. 302. Carmigniani teoria d. leggi II. 306. 307.

4) Konopak im A. Arch. IV. 3. S. 39. Mittermaier N. Arch. X. 542. Wintgens p. 17—19.

5) Subtile Bestimmungen, die diesen einfachen Sachverhalt verkennen, s. bei Winssinger diss. inter del. dol. et culp. p. 16. 59. 60. 93—95.

6) Rossi Traité II. ch. 22. vgl. die richtige Bem. v. Hepp N. Arch. 1836. S. 41. über die Inkonsequenz der modernen Strafgesetzgebung. s. auch Luden Hdb. I. 387—389.

7) Zachariä I. 39. N. Rev. S. 343, jetzt auch de Jonge l. c. p. 228. A. M. Luden Hdb. I. 368. n. 1. (wodurch aber das hier Gesagte gerade bestätigt wird).

8) Kleinschrod I. §. 32. 33. Romagnosi genesi §. 660 sq. Mittermaier N. Arch. I. 165. 166. IV. 1 f. Cropp I. 35 sq. Bauer Abh. I. 310 f. Lelièvre p. 1—6. Carmigniani teoria II. 323. Zachariä I. 7—21. de Jonge II. 143—153. N. Rev. S. 345.

9) A. M. Wintgens p. 8. 9. 13—16. Damit hängt die unfruchtbare und

betrachten. Nur versteht sich natürlich, daß eine solche Bestimmung nicht in einer Gesetzgebung gesucht werden darf, welche den technischen Begriff des Versuchs noch gar nicht hervorhebt. In einer solchen existirt ebensowenig der technische Begriff der Vollendung; vielmehr enthält sie überall nur die abstrakte Forderung, daß der willkührlich bestimmte Thatbestand überhaupt vollständig objektivirt worden sei [1]). — Der Hauptsatz selbst, daß es keinen kulposen Versuch gebe, ist im germ. Recht genügend ausgesprochen [2]); desgleichen in allen neueren Gesetzgebungen [3]).

2) Eine weitere Frage ist, ob der dolus ein determinirter sein müsse, oder ob ein Versuch auch bei unbestimmtem dolus möglich sei? — Letzteres ist durchaus zu bejahen [4]), und zwar dahin, daß bei dem sogen. alternativen und bei dem gewöhnlich sogen. eventuellen dolus (§. 74. c.) in dem Fall, wo die beiden Erfolge sich ausschließen, mithin richtiger auch nur alternativer dolus anzunehmen [5]) ist, das beabsichtigte schwerere Verbrechen zu Grunde gelegt werden muß, da dieses jedenfalls gewollt und versucht worden, und in demselben das geringere mit enthalten ist [6]), — natürlich aber nur dann, wenn keines der beabsichtigten Verbrechen wirklich vollendet wurde, da in diesem Falle der Natur des Alternativen gemäß der andre Erfolg als ausgeschlossen zu betrachten ist, mithin auch von einem Versuch nicht weiter die Rede sein kann (§. 74. Anm. 2) [7]). Sind dagegen bei dem gewöhnlich sog. dol. eventualis die Erfolge der Art, daß sie neben einander eintreten können, so liegt, wenn keiner eintrat, ein doppelter —, wenn nur einer eintrat, ein qualifizirter Versuch vor [8]). Wie aber das eventuell Beabsichtigte im Fall der Vollendung geringer strafbar ist, so auch der Versuch desselben. — Die Strafbarkeit des Versuchs in reinem dolus eventualis (der frei-

---

schiefe Unterscheidung zwischen theoret. u. gesetzlichem Begriff des Versuchs zusammen. s. auch Brouwer p. 19—22. Zachariä I. 7. n. 1. vgl. aber S. 28. n. 3. (!). Abegg §. 94. (j. §. 93) u. Jarcke I. 210. (vgl. 213) drücken sich nur ungenau aus.

1) Diese Einsicht findet sich bei Luden weit klarer, als bei Zachariä, der sie jedoch im Verfolge auch erringt und mit Erfolg benützt. Dagegen fehlt sie bei Hepp Versuche S. 256—259. 270. 271. s. aber auch Brackenhöft S. 74.

2) L. 1. §. 3. L. 3. §. 2. L. 4. §. 1. L. 7 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 36. §. 1 D. de R. V. (6. 1). L. 3. §. 1. 4 D. de off. praef. vig. (1. 15). L. 9. 11. D. de incend. (47. 9). L. 28. §. 11 D. de poen. (48. 19). C. 12. X. de homic. (5. 12). P.G.O. Art. 136. 146.

3) Zu Luden Hdb. I. 389. n. 11. vgl. Hufnagel III. 64. u. Strf.GB. m. Anm. S. 61. n. 10.

4) A. M. Lelièvre p. 200—202., u. Luden Hdb. I. 382, welcher freilich den unbestimmten dol. überhaupt verwirft.

5) Diesen Fall hebt Zachariä, wie die Meisten, nicht hervor, sondern behandelt überhaupt dol. altern. und event. gleich. I. §. 29. 30. a. E. s. aber N. Rev. S. 345—349. vgl. auch Breidenbach I. 2. S. 122. Hufnagel III. 640.

6) A. M. Hepp im N. Arch. 1836. S. 63. 64. Luden a. a. O. n. 2. de Jonge II. 232 Note. Einen Mittelweg sucht Bauer Abh. I. 329. 330.

7) Bad. Mot. z. Art. 98. (Thilo S. 129), woraus Krug dol. u. culpa S. 81. n. 2. einen falschen Schluß zieht.

8) vgl. Zachariä I. §. 141. Wächter N. Arch. 1835. S. 478. 479. Die Einwendung von Luden a. a. O. ist keine; denn es ist willkührlich und falsch, wenn er in den betr. Fällen meist bloß culpa d. det. sieht; u. endlich giebt er selbst zu, daß 2 determ. doli vorliegen können, welchenfalls er dem in der N. Rev. Gesagten nicht widerspricht. Ohne festes Prinzip ist die Ausführung in den N. sächs. Jb. VI. 343. 344. vgl. Held und Siebdrat Komm. S. 68—72.

lich selten vorkommen wird) ist nicht zu bezweifeln [1]). Ebensowenig die eines Versuchs in impetu [2]), welche übrigens meist aus dem irrigen Grunde behauptet wird, daß eine Handlung in impetu mit ebenso bestimmter Absicht als bei der Prämeditation möglich sei. Wo nun eine solche nicht vorhanden sei, nehmen die meisten nur den Versuch eines geringeren Verbrechens [3]), oder gar keinen [4]), oder eine kulpose Handlung an [5]). Allein all dies mit Unrecht [6]); nur bedarf es für einen solchen Versuch besondrer gesetzlicher Bestimmung, da ein bestimmt beabsichtigtes Verbrechen, wornach er zu taxiren wäre, nicht vorliegt [7]).

§. 83.

2) Zu dem so bestimmten Willensmomente verhält sich das **Thatmoment** als **unangemessene Erscheinung**. Und zwar kann diese Unangemessenheit einen doppelten Grund haben, nämlich entweder darin, daß die Absicht in dem successiven Uebertreten ihrer Momente in die Außenwelt gehemmt wird, oder darin, daß unter den von dem Handelnden vorausgesetzten objektiven Umständen solche sind, welche die in's objektive Dasein übertretende Absicht sich nicht in ihrem vollen Wesen verwirklichen lassen, während die von ihm vorausgesetzten hiezu geeignet gewesen wären. N. Rev. §. 120.

1) Das Thatmoment kann bei Verbrechen, die ebensowohl durch ein Unterlassen, als durch positives Handeln begangen werden können, natürlich auch in einem Unterlassen bestehen; womit nur nicht die ganz verschiedene Frage verwechselt werden darf, ob es auch bei eigentlichen Unterlassungsverbrechen (§. 80. Anm. 1.) einen Versuch gebe [8]).

2) Mit Unrecht wird nicht selten auf die Verhinderung der Absicht im **successiven** Uebertreten ihrer Momente in's Dasein der **ganze** Begriff des

---

1) s. auch Breidenbach, ob. I, 2. S. 119. n. 4, der nur irrig statt des dol. event. die luxuria nennt.

2) A. M. Mittermaier N. Arch. IV. 18. X. 542. 543. Jarcke III. 346 f. Roßhirt zwei Abh. S. 132. Egger Mord u. Todtschl. §. 18. Rossi II. p. 334. Dagegen gehören nicht eigentlich hierher Jenull, Pratobevera u. a. östr. Juristen, die auf eigenthümlichem positiv rechtlichem Standpunkte stehen.

3) so Hepp N. Arch. 1836. S. 57—65. Versuche S. 291—297. de Jonge II. 235—238. Bauer Abh. I. 330. f. dag. Zachariä I. §. 30. 33. Breidenbach S. 125. Hufnagel III. 640.

4) Krug dol. u. culpa S. 81. 82. (sofern sein dol. gener. eben nur = impetus ist). Sächs. Entw. Art. 48.

5) Luden Hdb. I. 387. n. 7. vgl. Abh. I. 515. n. 1.

6) N. Rev. S. 349—352. Ueber die Uebereinstimmung des pos. deutschen Rechts s. Zachariä I. §. 31. vgl. auch v. Bothmer Erörter. I. 262 f. Goldtammer I. 275.

7) Otto üb. d. Versuch S. 77—80. (vgl. sächs. Entw. Art. 171).

8) Diese Verwechslung findet sich bei den Meisten. s. z. B. Spangenberg N. Arch. IV. 527 f. Zachariä I. §. 42. Hepp im N. Arch. 1836. S. 32—35. Lelièvre p. 389—393. Breidenbach I, 2. S. 123. Hye S. 353—355. — vgl. dagegen Jenull I. 198. 199. Bauer Abh. I. 321. 338. de Jonge II. 222. N. Rev. S. 441. 442. Verneint wird die Frage mit Unrecht von Heffter §. 74. n. 1. s. dag. Luden Abh. I. 467 f.

Versuchs gestützt [1]) —, mit doppeltem Unrecht von solchen, welche auch die Möglichkeit untauglicher Versuche annehmen [2]).

3) Eben diese ist aber freilich auch jetzt noch theils überhaupt, theils wenigstens relativ sehr bestritten. Die Frage ist nach dem §. 75. angegebenen Prinzip bejahend zu entscheiden. Zwar ist gerade auf den Grund hin, daß alle untauglichen Versuchshandlungen sich auf faktischen Irrthum reduziren, behauptet worden [3]), es liege hier gar keine Handlung vor, sondern eine bloße Thatsache, d. h. es falle die Zurechnung weg. Allein — abgesehen davon, daß nach dieser Ansicht die untauglichen Versuchshandlungen unter dem Titel der Polizei dieselben Uebel nach sich ziehen sollen, die ihnen unter dem Titel des Strafrechts geschenkt werden [4]) — greift das Argument zu weit, da es auch die tauglichen Versuchsakte mit umfaßt. Denn auch diese setzen stets einen faktischen Irrthum, d. h. eine irrthümliche Berechnung des gesammten Kausalzusammenhangs, wie er zur Vollendung erforderlich wäre, voraus [5]). Es ist jedoch auch der Grundsatz selbst nicht wahr. Durch den faktischen Irrthum fällt keineswegs der Begriff der Handlung überhaupt und damit der Zurechnung weg [6]), sondern nur die rechtsverletzende Qualität der Handlung kann dem Irrenden nicht imputirt werden. Ist nun umgekehrt Jemand in verbrecherischer Absicht thätig geworden, war aber dabei hinsichtlich des Gegenstandes oder der Mittel in faktischem Irrthum, so kann auch hier der Begriff der Handlung und der Zurechnung überhaupt nicht wegfallen. Vielmehr, wie im ersten Fall die nicht gewußte verbrecherische Eigenschaft der Handlung dem Irrenden, der rechtlich zu handeln glaubt, nicht imputirt wird, so kann dem in verbrecherischer Absicht Thätiggewordenen der unvorhergesehene glückliche Ausgang seines Unternehmens nicht zugerechnet (zu gut gerechnet) werden [7]). Die Handlung behält ihren Charakter, soweit sie eben sich entwickelt hat; d. h. es kann hier nie von einer vollendeten Handlung die Rede sein, um so gewisser aber von einer versuchten [8]). Vollendung tritt nämlich nur dann ein, wenn der Handelnde sämmtliche zur Verwirklichung seiner Absicht im konkreten Fall nothwendigen Bedingungen richtig berechnet und demgemäß in Wirksamkeit gesetzt hat. Versuch liegt dagegen vor, wenn hieran irgend etwas fehlt. So gewiß aber die Wirkung nur aus dem vom Willen beherrschten Zusammentreffen aller Bedingungen entsteht, ebenso gewiß kann es, wenn sie ausbleibt, keinen Unterschied machen, in welchem Theile seines Kalkuls der Handelnde sich geirrt, die Fremdheit der Objekte, die blinde Macht des Naturkausalismus empfunden

---

1) Mittermaier im N. Arch. I. 166. Zachariä I. §. 17—19. vgl. N. Rev. S. 353—355. 378—380.

2) wie Bauer Abh. I. 310 f. s. dag. auch Hufnagel III. 65. 66.

3) Tresurt N. Arch. 1838. S. 291—295. 405—407. u. dagegen N. Rev. S. 366. n. 1. vgl. Tittmann Mot. z. sächs. Entw. S. 27. Zirkler N. Arch. 1839. S. 437—439. Pfotenhauer S. 4.

4) s. auch Abegg Lb. §. 96. Hye S. 355—357 Note. Marezoll S. 114. 115.

5) N. Rev. S. 371. 372. Luden Abh. I. 475. 476. Hdb. I. 396—406. Breidenbach I, 2. S. 154—156. s. selbst Mittermaier N. Arch. I. 191. 192.

6) Dies behauptet freilich Berner Imput. S. 59 ff. — Auch in der N. Rev. §. 87. 89. fand sich dieser Irrthum. s. jed. ob. §. 62. a. E.

7) N. Rev. §. 109.

8) s. auch Zachariä I. 24. vgl. dag. §. 130.

hat[1]). — Es darf nur vor Allem mit der vorliegenden Frage der Fall des Wahnverbrechens nicht verwechselt werden, d. h. wenn Jemand nur irrthümlich in verbrecherischer Absicht zu handeln glaubt, während er in erlaubter handelt[2]). Geht dagegen seine Thätigkeit aus wirklich verbrecherischer Absicht hervor, so macht die Tauglichkeit oder Untauglichkeit derselben im Begriff keinen Unterschied, wenn auch allerdings (s. u.) in der Strafe. — Hiegegen wenden nun Feuerbach u. A.[3]) ein, die Handlung müsse nach ihrer äußern Beschaffenheit mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursachlichem Zusammenhang stehen, objektiv gefährlich sein. Denn bürgerliche Strafbarkeit sei ohne eine dem äußeren Rechte widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung sei aber nur dann äußerlich rechtswidrig, wenn sie das Recht verletze oder gefährde. Wer das Gegentheil behaupte, verwechsle das Moralische mit dem Rechtlichen und die Gründe der Sicherungspolizei mit dem Rechte zur Strafe. Man entkleide hiemit, heißt es, den Versuch von allem Thatbestand und strafe die nuda cogitatio. Was nicht vollendet werden könne, das könne auch nicht angefangen werden. Strafe sei hier deshalb überflüssig, weil schon die Naturgesetze dem Bedrohten einen absoluten Schutz gewähren. — Allein die meisten dieser Einwendungen sind offenbar unstichhaltig. a) Die Behauptung, daß der Versuch von allem Thatbestande entkleidet werde, beruht auf der petitio principii, daß der Versuch nicht nur subjektiv in vollem Maße, sondern mindestens theilweise auch objektiv den Thatbestand der vollendeten Handlung haben müsse, woraus jedoch folgerichtig hervorgehen würde, daß gar kein Versuch überhaupt möglich wäre, da es ganz willkührlich ist, wie viel oder wenig vom objektiven Thatbestand dem Versuche zugeschieden wird[4]). b) Von der Bestrafung der nuda

---

1) vgl. überhaupt N. Rev. S. 356—376. u. außer den schon Angef. Tittmann Hdb. I. §. 96. Grolman §. 31. Salchow Lb. §. 136. Escher vier Abh. S. 164—173. Anm. z. bair. St.GB. I. 177. Oersted Grundr. §. 24. Henke I. 256. Schröter S. 120. n. 1. Jarcke I. 216. Trummer krim. Beitr. III. 2. §. 64. Lelièvre p. 373—385. vgl. p. 117 sq. Hepp Vers. S. 325—334. N. Arch. 1836. S. 254 f. Bauer Anm. I. 404 f. II. 115 f. Abh. I. 323—325. 371 f. Wintgens p. 131 sq. Martin §. 43 (unklar). j. §. 133. n. 9. Wächter II. S. 118. 119. Pfotenhauer S. 79 f. Cropp S. 1. p. 37—45. Krug Studien I. 53. Otto S. 70—76.

2) Gewöhnlich versteht man freilich unter Wahnverbrechen den Versuch am untauglichen Objekt. Heffter §. 36. Luden S. 476. n. 1. Hufnagel III. 77. Hie und da geht man allerdings bei Vertheidigung der richtigen Ansicht zu weit, so daß man konsequenter Weise auch die Wahnverbrechen strafen müßte (z. B. Oersted). vgl. Held und Siebdrat S. 74 (gut).

3) Feuerbach §. 42. n. 3. (früher war er andrer Ansicht. Gegen Oersted S. 170 f. u. Breidenbach S. 154, der hier F. konsequent findet. s. N. Rev. S. 365. 366). Mittermaier N. Arch. I. 170—172. 183 f. III. 394 f. vgl. jedoch eb. IV. 103—106. X. 550—554. u. n. 8. 9. z. F. §. 42. Roßhirt Entw. S. 309—313. vgl. Abh. I. 292. u. zwei krim. Abh. S. 131—134. Trefurt a. a. O. Heffter §. 76. n. 5. Zachariä I. §. 123—138. Rossi II. c. 30. Romagnosi §. 746. Jordan §. 4 sq. Chop N. Arch. 1842. S. 519 f. Berner Theilnahme S. 90—92. Brouwer. p. 38. Marezoll S. 114. 115. Brackenhöft S. 69. Temme Glossen S. 93 (sehr oberflächlich absprechend).

4) Mittermaier N. Arch. I. 170—176. Heffter §. 36. Brackenhöft S. 69. n. 6. f. dag. Oersted Grundr. S. 170—180. Uebrigens macht auch Schröter a. a. O. hier ohne Noth eine Einräumung. N. Rev. S. 358. not. 2. — Mittermaier spricht hier ganz abenteuerlich u. scheint den subj. Thatbestand des Ver-

cogitatio kann in den fraglichen Fällen nicht die Rede sein, da ja vorausgesetzter Maßen immer ein Handeln in verbrecherischer Absicht vorliegt [1]). c) Der Einwurf der Verwechslung der Moral mit dem Strafrechte trifft nicht, da es sich hier um einen in That übergegangenen Willen handelt, während es umgekehrt unmöglich ist, sich einen Begriff von einem Unterschied zwischen Immoralität und Verbrechen zu machen, der nur von einem quantitativen Momente, d. h. von dem Mehr oder Minder der Unangemessenheit der äußeren Erscheinung zu der darin ausgesprochenen Absicht abhängen soll [2]). d) Die Behauptung, daß, was nicht vollendet werden könne, auch nicht angefangen werden könne, ist der gemeinsten Erfahrung zuwider [3]). e) Der Einwurf der Unnöthigkeit, untaugliche Versuchshandlungen zu bestrafen, fällt mit dem Grundsatze zusammen, daß das Strafrecht nur polizeilichen Charakter habe [4]). — Die einzige bedeutende Einwendung ist die von Feuerbach vorgebrachte. Dieselbe hat denn auch relativ durchaus Recht, wenn sie auch beim Versuche die objektive Seite nicht völlig ignorirt haben will [5]). Allein hievon ist in der That keine Rede, wenn man die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen behauptet. Mit Recht dagegen wird geläugnet, daß der Versuch auch objektiv gefährlich sein müsse. Hierin liegt nämlich a) die Aufhebung des Versuchsbegriffs überhaupt [6]). Denn auch der taugliche Versuch stellt sich im konkreten Fall jedesmal als objektiv ungefährlich heraus, und die Behauptung, daß nur jener, nicht aber der untaugliche Versuch in abstracto gemeingefährlich sei, ist geradezu willkührlich [7]). Gesetzt also, die Gefährlichkeit bildete das Kennzeichen des strafbaren Versuchs, so wäre sie für beide Arten desselben ebensowohl zu behaupten als zu verneinen, für beide aber von der objektiven Seite auf die subjektive zu übertragen [8]). b) Ueberhaupt aber kann die Strafbarkeit des Versuchs nicht auf seine Gefährlichkeit gegründet werden, da nur das Wirkliche zu strafen ist, nicht das, was möglicher Weise hätte werden können [9]). Vielmehr kann sie nur darauf beruhen, daß der Versuch selbst eine rechtsverletzende Handlung ist. Da nun auch beim tauglichen Versuch eine äußere Rechtsverletzung ausgeschlossen ist, so kann die rechtsverletzende Eigenschaft des Versuchs überall nur in dem in die Aeußerlichkeit getretenen dolus liegen, also in

---

suchs ganz aus dem Auge zu verlieren. Später (N. Arch. IV. 104) sollte freilich der Versuch nur noch „die Gestalt des Verbrechens an sich tragen." Pfotenhauer S. 66. 67.

1) Mittermaier a. a. O. S. 183 f. Zachariä I. 245. Rossi l. c. f. dag. Bauer Abh. I. 383. 384. Pfotenhauer S. 31—33.

2) Zachariä I. §. 125—130. f. dag. N. Rev. S. 373.

3) Rossi l. c. Zachariä I. 247. f. dag. Luden Abh. II. 195. n. 1. Hepp im N. Arch. 1836. S. 258. 259. Bauer Abh. I. 385. 386. Pfotenhauer S. 85. 86.

4) Romagnosi a. a. O. f. dag. (zum Theil aus Nebengründen) Hepp a. a. O. S. 259—261. Bauer Abh. I. 386. 387.

5) Gegen Hepp f. bes. Trefurt a. a. O.

6) Jarcke I. 217. Bauer Abh. I. 385 Note. N. Rev. S. 361. 367 f.

7) Romagnosi l. c. Rossi II. c. 31. Zachariä I. 240. n. 2. f. dag. Filangieri IV. 2. c. 37. a. E. Bauer Abh. I. 384. 385. N. Rev. S. 368. Luden Abh. I. 475. n. 1. Hdb. I. 400—404. Pfotenhauer S. 79. 86. 128. 157. 189. Breidenbach S. 155. Habicht rechtl. Erörter. I. 146 f. bes. 169. 170.

8) N. Rev. S. 369—372 u. Luden a. a. O.

9) Dies erkennen auch die Gegner an, f. z. B. Romagnosi l. c. Trefurt a. a. O., ohne zu bemerken, daß sie damit von ihrem Standpunkte aus auch den tauglichen Versuch aufheben.

einem Moment, das beim untauglichen Versuch ebenso vorhanden ist wie beim tauglichen [1]). c) Wird nun gleichwohl behauptet, daß beim Versuch auch die äußere Seite für sich, abgesehen vom Willen, gefährlich, rechtsgefährdend, zur Rechtsverletzung geeignet, gesetzwidrig, erfolgschwanger u. dgl. sein müsse, so wird einfach der Begriff des Versuchs in den der Vollendung aufgehoben, von dem er sich nur noch quantitativ unterscheidet [2]). Man vergißt, daß dem Uebergewicht, welches der Thatseite bei der culpa zu Theil wird, nothwendig beim Versuche deren bloß sekundäre, d. h. nur durch den darin erscheinenden Willen bestimmte Bedeutung entsprechen muß. Folgerichtig kommt man damit zu dem Standpunkte des ältesten germanischen Rechts zurück, welchem unter der überwiegenden Berücksichtigung der Thatseite der Begriff des Versuchs, der eben im Uebergreifen des Willens über die Thatseite besteht, noch ganz verborgen blieb [3]), während doch dieser theilweise schon in den Volksrechten hervortrat und die Eigenthümlichkeit der deutschen Auffassung nur dahin sich fixirte, daß man dem Mangel am objektiven Thatbestand eine Verminderung der Strafe entsprechen ließ (§. 81. Anm. 2) [4]). — Mehrere Vertheidiger der Feuerbachischen Ansicht haben denn auch neuerdings eine Distinktion zwischen untauglichen (in abstr. untauglichen) und bloß unzulänglichen oder unwirksamen (in concr. untauglichen) Mitteln gemacht [5]); allein insofern mit Unrecht, als ihre für die Straflosigkeit des ersten Falls vorgebrachten Gründe durchaus auch im zweiten Fall anwendbar sind [6]). Andrerseits machen solche, die als Vertheidiger der andern Ansicht auftreten, wieder andre Distinktionen. Sie behaupten nämlich, ein Versuch mit absolut untauglichen Mitteln sei strafbar, wenn der Handelnde ein taugliches anzuwenden geglaubt und nur aus Verwechslung ein untaugliches ergriffen, resp. ein solches durch Zufall oder pia fraus in die Hand bekommen [7]), oder nach der im gemeinen Leben herrschenden, wenn auch nach Gesetzen der Wissenschaft irrigen Ansicht für tauglich gehalten habe [8]); straflos dagegen sei er, wenn der Handelnde eben das gebrauchte absolut untaugliche Mittel aus Irrwahn, Unverstand oder Aberglauben

---

1) s. auch Zachariä II. 241.

2) Denn man verlangt, daß die That dem Willen entspreche, was sich als gewiß immer erst im Momente der Vollendung herausstellen kann, wogegen auch beim tauglichen Versuch die That stets in concreto sich als nicht rechtsgefährdend, nicht erfolgschwanger, dem Willen nicht entsprechend herausstellt, u. eben deßhalb bloßer Versuch bleibt.

3) Die Rohheit dieses Standpunktes erkennt auch Zachariä II. 163. 164. an. vgl. N. Rev. S. 362—365.

4) Der glückliche Ausgang motivirt daher nach deutscher Ansicht nur die geringere Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, nicht seine Straflosigkeit, wie Roßhirt Entw. S. 312 meint, da sonst auch der erfolglos gebliebene taugliche Versuch straflos bleiben müßte.

5) Rossi II. c. 31. Zachariä I. §. 125—130. Mittermaier n. 8. z. F. §. 42. Heffter §. 76. n. 5. Dabei werden dieselben Fälle von einem in diese, von andern in jene Klasse gestellt! s. auch Habicht rechtl. Erörter. S. 152 f. Roßhirt a. a. O. und dag. Abh. I. 291. und zwei krim. Abh. S. 131—134. vgl. Pfotenhauer S. 90. n. 125. S. 113—118.

6) N. Rev. S. 367 f. Luden Hdb. I. 400—404.

7) Bauer Abh. I. 378. vgl. jedoch Dess. Anm. z. hann. Entw. I. 413. II. 133. Im Fall der Verwechslung hatte auch Mittermaier N. Arch. IV. 105 Strafbarkeit angenommen.

8) Luden Hdb. I. 404. 405 und bes. das scharfsinnige Erachten für Mecklenburg 1. S. 123—127.

für ein taugliches gehalten habe, weil hier aus der äußeren Thätigkeit das Dasein des dolus (selbst im Fall des Geständnisses) nicht mit Sicherheit erkannt werden könne [1]). Dieser Grund ist nun freilich nicht stichhaltig, weil er einen unhaltbaren Begriff vom Versuche voraussetzt [2]). Um so treffender ist dagegen der schon von Schröter angef. Grund: zur bösen That werde erfordert, daß sie, wenn auch nicht ihrer wirklichen, doch wenigstens ihrer vermeintlichen Beschaffenheit nach geschickt sei, um den Naturgesetzen zufolge die beabsichtigte äußere Wirkung hervorzubringen [3]). So gewiß nämlich die Bedeutung der Thatseite beim Versuch eine sekundäre, vom Willen abhängige ist, so darf sie doch, da auch der Versuch immer noch Handlung sein muß, nicht ganz absorbirt werden. Geht nun aus dem Bisherigen hervor, daß von der Forderung einer der That nach, abgesehen vom Willen, erfolgschwangeren Eigenschaft der Thätigkeit nicht die Rede sein könne, so muß doch eine solche um so gewisser mindestens als in der Reflexion des Handelnden gesetzt verlangt werden. Denn immer ist es nur der in That übergegangene verbrecherische Wille, der als Versuch prädizirt werden kann. Dieser besteht nun vollkommen in allen Fällen, wo der Handelnde, wenn er auch aus Irrthum, Verwechslung, Zufall ꝛc. das untaugliche Mittel wählte, ein taugliches, d. h. ein wirklich taugliches zu benützen überzeugt war. Er konnte hier — abgesehen von seinem Irrthum — das gerechte Zutrauen haben, daß er kein todtes, sondern ein lebendiges Ei in den Weltzusammenhang gelegt habe, welches bei sonstiger günstiger Konstellation das Kausalgesetz zur vollendeten That ausbrüten werde. In seinem Willen lag daher das Verbrechen nicht bloß als ideale, sondern (wenn auch irrthümlich) als reale Möglichkeit, d. h. als Versuch. Kommt dagegen der Fall vor, daß ein im Allgemeinen Zurechnungsfähiger die Absicht faßt, ein Verbrechen durch ein Mittel zu begehen, welches er selbst zwar für tauglich hält, das aber nach den allgemeinen Denkgesetzen und der täglichen Erfahrung absolut ungeeignet ist, dasselbe jemals hervorzubringen [4]), so liegt nicht ein gegen den Willen des Handelnden unmögliches Thun, sondern ein mit seinem intensivsten Willen todtes und unfruchtbares Thun, d. h. es liegt gar keine verbrecherische, sondern eine bloß immoralische Absicht vor, die den Weg in die Objektivität nicht nur realiter, sondern sogar idealiter verfehlt hat [5]). Zwar

---

1) Andere, zum Theil barocke, Versuche, dasselbe zu erweisen, s. b. Hepp N. Arch. 1836. S. 258. Oersted Grundregeln S. 168. Pfotenhauer S. 14. Lelièvre p. 373—385.

2) Bauer Abh. I. 308—318.

3) Schröter §. 80. Henke I. 256. 257. s. auch Luden a. a. O. Das Gegentheil war in d. N. Rev. S. 376 behauptet. s. dag. auch schon Cropp S. 1. p. 43. Hufnagel I. 143. 144. Mittermaier N. Arch. 1836. S. 489. und besser Leonhardt I. 196. Doch sind die Distinktionen mehr oder weniger mangelhaft, auch Schröters Beispiele nicht glücklich gewählt. (vgl. Pfotenh. S. 16—19). Unbestimmt ist Lelièvre l. c. Dagegen im Wesentlichen richtig Zirkler N. Arch. 1839. S. 437. 438. Goldtammer I. 274. Nach Otto a. a. O. soll es darauf ankommen, ob der Akt geeignet sei, das allgemeine Sicherheitsbewußtsein zu erschüttern oder nicht (?).

4) z. B. Todtbeten, Kronenthaler stecken, damit sie keimen und Geld tragen sollen u. s. f.

5) Manche läugnen allerdings noch immer den Unterschied der beiden Fälle. s. z. B. Hye S. 292. 293. Anm. Zachariä I. §. 125. 126. Mittermaier N. Arch. X. 553, überhaupt alle, welche zu Versuchshandlung wirkliche, thatsächliche sog.

glaubt auch ein solcher fest an die Tauglichkeit seines Mittels; aber sein Irrwahn stellt ihn dem Wahnverbrecher gleich. Denn es kommt auf Eins heraus, ob man das Erlaubte mit dem Irrwahn der Unerlaubtheit vollbringt, oder ob man das Unerlaubte bei vollem Bewußtsein durch erlaubte, zweckwidrige Mittel zu vollbringen sich einbildet. — Darin liegt denn auch die relative Wahrheit der Feuerbachischen Theorie. — Dasselbe Prinzip, welches hier hinsichtlich der untauglichen Mittel auseinandergesetzt ist, muß begreiflicher Weise [1]) auch auf den Versuch am untauglichen Objekte angewandt werden [2]).

4) Hinsichtlich des römischen Rechts sind die Meinungen sehr getheilt. Einige schließen aus dem „subjektiven Standpunkte" desselben ohne Weiteres auf die unbedingte Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen [3]). Andre finden gerade das Gegentheil im röm. Recht [4]). Wieder Andre machen verschiedene willkührliche Unterscheidungen [5]). Am richtigsten ist wohl die Ansicht, daß im röm. Recht in Beziehung auf die vorliegende Frage kein festes Prinzip durchgeführt sei [6]). — Dem älteren deutschen Rechte ist wohl, selbst wo es den Begriff des Versuchs wirklich anerkannte, die Bestrafung der untauglichen Versuchshandlungen fremd gewesen [7]). — Auf's Aeußerste bestritten ist dagegen die Auslegung der P.G.O. Art. 178, welcher die verschiedensten Ansichten mehr oder weniger abzugewinnen gewußt haben [8]). Schwerlich wird je der überzeugende Beweis dafür geführt werden können [9]), daß sie entschieden die abstrakt objektive oder die

---

objekt. Gefährlichkeit fordern. Aber auch Andersdenkende, z. B. Escher und relativ Pfotenhauer S. 93. 100. Habicht a. a. O.

1) Unbegreiflicher Weise wird dies von Vielen verkannt und in beiden Fällen (freilich theilweise auch nur aus positivrechtlichen Gründen) ein verschiedenes Gesetz zur Anwendung gebracht. s. bes. Jordan §. 5. 8. Lelièvre p. 373 sq. Goldtammer I. 274. 275. Unnöthige Konzessionen wenigstens machen Cropp p. 37 sq. Schröter a. a. O. s. übrigens gegen die Ausführung von Zachariä I. §. 131. 132 die N. Rev. S. 374. 375. Breidenbach I, 2. S. 162—164. Pfotenhauer S. 101 f.

2) Fälle s. b. v. Schirach krim. Fälle. S. 81 f. Hitzig Annal. H. 1. S. 68 f. Bauer Anm. II. 133. Demme Annal. VII. 65—70. Pratobevera Mater. VI. 358. Pfotenhauer S. 105 f. Breidenbach S. 164. Hye S. 322 Note.

3) Bauer Abh. I. 381. 387. 388. Geib N. Arch. 1837. S. 579. 580.

4) Zachariä I. §. 133—135. s. dag. Luden Hdb. I. 397. n. 5.

5) so Cropp S. 1. p. 37 sq. Lelièvre p. 118. 119. Luden Abh. I. 285—292. Roßhirt Entw. S. 309.

6) N. Rev. S. 362—364. Luden Hdb. a. a. O. Pfotenhauer S. 127—160. Mittermaier N. Arch. X. 546. s. übr. l. 1 pr. l. 3 pr. §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 6 pr. l. 22. §. 4 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). L. 38. §. 6 D. de poen. (48. 19). Gaj. III. §. 198. L. 43. §. 5. 10. 11. L. 46. §. 8 D. de furt. (47. 2). L. 6 D. exp. hered. (47. 19). §. 8 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). L. 20 C. de furt. (6. 2).

7) vgl. L. Sal. em. XXI, 2. 4. L. Rip. LXXXIII, 2. L. Baj. III, 7. VII, 18. Ed. Roth. 139—141. L. Wisig. VI, 2, 2. 3, 1. Schwäb. LR. c. 321. Die Stelle d. Augsb Stat. b. Luden Abh. I. 390 ist mißverstanden.

8) Hepp Versuche S. 324 f. Zachariä I. §. 136. Chop a. a. O. Roßhirt Entw. S. 311. Mittermaier N. Arch. I. 191. Abegg §. 96 und in Richters Jahrb. 1838. S. 51 f. — vgl. Tittmann I. §. 96. Jordan §. 8. Pfotenhauer S. 184 f. Luden Hdb. I. 397 ff. Bauer Abh. I. 381. 382. Habicht a. a. O.

9) vgl. über den Text der P.G.O. Zachariä I. 29. 30. 191. Wachter Gloss.

objektive, aber in die Subjektivität reflektirte Auffassung des Versuchsbegriffs gutgeheißen habe, wiewohl Lezteres in Rücksicht auf ihr konstantes Bestreben der Vermittlung zwischen deutschem und römischem Recht, besonders im Zusammenhalt mit der vergleichungsweisen Rohheit des mittelalterlichen Rechts, als das weit Wahrscheinlichere erscheint [1]). — In der Theresiana, wie in dem GB. Josephs II. war der untaugliche Versuch unzweifelhaft unter den strafbaren Versuch subsumirt [2]). Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthielt auch das preuß. A.L.R. §. 866 [3]). Prinzipiell ausgesprochen — ohne die nöthige Modifikation — trat der Satz im Bair. GB. [4]) auf. Ebenso im sächs. Art. 26. 27 [5]). Unentschieden dagegen ließ das Wirtemb. GB. Art. 72 (aufgeh.) die Frage, ob auch der Versuch mit einem abs. untauglichen Mittel strafbar sei, das der Thäter aus Irrwahn für ein taugliches hielt [6]). Dieser Fall ist dagegen richtig ausgeschieden im hannövr. GB. Art. 40 j. 34, 2 [7]) (wo übrigens ungeschickter Weise [8]) der Versuch am untauglichen Objekte übergangen ist), im braunschweigischen §. 36 [9]), im hessischen Art. 67 [10]) (stillschweigend), im badischen [11]) §. 110. 111, und im thüringischen [12]) Art. 23. — Abweichend sind dagegen das östr. u. das preuß. GB. Zwar ist es unrichtig, wenn vielfach behauptet wird [13]), eine Gesetzgebung, die als Requisit des Versuchs

---

v. Scheinen. Walch Gloss. p. 435. Die Ueberseßungen s. b. Zachariä I. 224. 225.

1) Der Ausdruck: dienstlich sein mögen — läßt sich ohne Zwang in der Anm. 3. bezeichneten Weise auslegen. Dasselbe gilt sogar von noch weit prägnanteren Ausdrücken neuerer Gesetze, wie die Praxis hinlänglich gelehrt hat. Es wäre daher am Platz, die Sache bestimmter zu bezeichnen, wenn man die ins Subjektive reflektirte Deutung verhindern will.

2) Theres. III. §. 15. XIII. §. 1. 2. Joseph. I. §. 9. II. §. 4. s. auch b. L.G.O. 1678. II. §. 67. Anders im bair. LR. 1616. Tit. 8. Art. 4.

3) vgl. Pfotenhauer S. 194 f. und bes. Klein ib. cit.

4) Art. 57. — Anm. I. 177. 178. 182. 183. vgl. dag. neuste bair. Mot. z. Art. 37. 38., wo die hier aufgestellte Unterscheidung richtig gemacht ist. s. auch Arnold N. Arch. 1843. S. 513. Zürich. GB. §. 43.

5) Mittheilungen S. 391. Der Fall des untauglichen Objekts ist anders behandelt, als der des untaugl. Mittels. vgl. Herrmann Beurth. S. 73 f. Mittermaier N. Arch. 1836. S. 608. 609. Weiß S. 146–148. s. dag. jetzt den Entw. Art. 40. 41, der jedoch auch den Irrwahn dem Irrthum gleichstellt.

6) vgl. Hufnagel I. 145. 146, wo jedoch die Voraussetzung irrig ist, daß der Thäter die Untauglichkeit des Mittels gekannt habe. Hier könnte natürlich nie von einem Versuch die Rede sein! Leonhard I. 193. Schaffrath Thatbestand S. 339. 340.

7) Ganz übersehen wird der Art. 34 von Luden Hdb. I. 407. n. 19. Mittermaier n. 8. z. F. §. 42; ja s. selbst Schlüter Ausg. S. 38. n. 27. s. dag. Leonhard I. 192–197.

8) vgl. die verschiedenen Ansichten von Bauer, Schlüter, Leonhard S. 198–200!

9) Irrig sind jedoch die Motive. vgl. Leonhard I. 197. n. 3.

10) Breidenbach I, 2. S. 147–165.

11) übrigens straft dieses den untaugl. Versuch nur bei schwereren Verbrechen, und fordert beim untaugl. Objekt beendigten Versuch. Eigenthümlich ist die Anwendung auf den Fall des error in obj. und die aberratio ictus.

12) s. hier die richtige Fassung; dag. Art. 25 beim untaugl. Obj., wie im sächs. GB., ja sogar auf beendigten Versuch beschränkt! s. auch Hamb. Entw. 1848. Art. 29. 1849. Art. 28.

13) s. z. B. Lelièvre p. 225–227. Zachariä I. 260 unt. Hye S. 292.

„Anfang der Ausführung" fordre, müsse eo ipso die untauglichen Versuchshandlungen straflos lassen. Allein das preuß. GB. (§. 31) geht von dieser irrigen Ansicht aus [1]) und ist daher als die Ansicht Zachariäs enthaltend zu betrachten. In noch höherem Grade ist die Ausschließung der untauglichen Versuchshandlungen vom Oestr. GB. §. 8. 11 zu behaupten, wo schon der Wortlaut und die Geschichte der Gesetzgebung deutlicher spricht [2]), als im preuß. Rechte. Niemand wird jedoch diese Staaten um die unlösbaren Schwierigkeiten beneiden, die bei gewissenhafter Anwendung eines naturwidrigen, dem Begriff des Versuchs widerstreitenden Grundsatzes unausbleiblich in der Praxis entstehen müssen [3]).

§. 84.

3) Das Verhältniß des Thatmoments zum Willensmomente besteht beim Versuche darin, daß lezteres im ersteren sich als das den Charakter des Thuns bestimmende Wesen reflektirt. Darin liegt: a) daß in der unvollkommenen äußeren Erscheinung das volle Wesen einer bestimmten, auf den gesammten Thatbestand der betreffenden Handlung gerichteten Absicht sich reflektiren muß, b) daß eben daher der Versuch da anfängt, wo eine solche bestimmte Absicht sich als solche in einem äußerlichen Thun kundgegeben hat, c) daß dieses Thun seinen Charakter als Versuch wieder verliert, sobald der Thäter die das Wesen darin ausmachende Absicht freiwillig wieder aufgiebt. N. Rev. §. 121.

1) Mangel am Thatbestand und Versuch sind daher nicht identisch [4]). Indessen ist zu bemerken, daß Mehrere, die dies im Ganzen richtig ausführen, doch wieder insofern irren, als sie auch die untauglichen Versuchshandlungen mehr oder minder unter die Rubrik des Mangels am Thatbestand (im Gegensatz vom Versuch) bringen [5]). Der Unterschied ist aber überhaupt nicht in der Sphäre der äußeren Erscheinung, sondern in der Subjektivität zu suchen [6]). Er liegt ein=

---

293 Note. s. dag. die Braunschw. Mot. z. §. 35. Sächs. GB. Art. 26. Bad. §. 106 rc. bes. Breidenbach S. 155. 157—159, wo die französ. Rechtsansicht richtig gewürdigt ist.

1) Revis. von 1845. I. S. 140—144. vgl. Goldtammer I. 246. 247. 272—275 (?) und Beseler S. 144, die gleichwohl mehr oder weniger Strafbarkeit behaupten. Anders das Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 10, das im Uebrigen ähnlich lautet.

2) Indessen doch auch keineswegs so absolut deutlich, wie Hye behauptet. s. Jenull I. 195 f. Egger kurze Erkl. d. östr. Krim.R. I. §. 7. Hepp N. Arch. 1836. S. 261. Pfotenhauer S. 201. Luden Hdb. I. 406. n. 19. — s. dag. Hye S. 303—310. 311—316. 320—326.

3) Nur allein das von Hye S. 320 f. mit Beziehung auf Frühwald und einige Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs Angeführte bildet ein Nest von Zweifeln, Unklarheiten und offenbaren Widersprüchen, von dem §. 9 des GBs. selbst ganz zu schweigen.

4) Kleinschrod I. §. 34. Hufnagel I. 124. Breidenbach I. 2. S. 120.

5) Mittermaier N. Arch. I. 166. III. 394 f. u. n. 1. z. F. §. 97. §. 98. a. Bauer Abh. I. 309. 310. Zachariä I. §. 15—19. Marezoll S. 110, n. 2. j. S. 114.

6) N. Rev. S. 378—380. vgl. Berner Theilnahme S. 90.

fach darin, daß zum Versuche die volle, d. h. den gesammten Thatbestand des Verbrechens umfassende Absicht gehört, während ein bloßer nicht als Versuch zu behandelnder Mangel am Thatbestande dann vorliegt, wenn die Absicht nicht den vollen Begriff des Verbrechens in sich schloß, welchenfalls dann entweder gar kein Verbrechen oder wenigstens ein anderes existirt [1]).

2) Vom römischen Rechte ist kaum mehr bestritten, daß es auch schon entfernte Versuchshandlungen bestrafte, sobald sie nur unzweideutig für die verbrecherische Absicht sprachen [2]), und es fragt sich nur, ob dies als allgemeine Regel zu nehmen ist [3]), oder ob bei gewissen bestimmten Verbrechen es anders war [4]). — Ebenso gewiß ist, daß (um das kan. und ältere deutsche Recht als wenig darbietend zu übergehen) [5]) die übereinstimmende Ansicht der Schriftsteller und Praktiker am Ende des MAs. [6]), und nicht minder der Doktrin, die sich auf der Grundlage der P.G.O. ausbildete [7]), entschieden für die Bestrafung des conatus remotus war [8]). Erst in neuerer Zeit hat man die von Mittermaier aufgestellte Theorie auch der P.G.O. unterzuschieben versucht [9]). Verführt durch das französische Recht, hat nämlich M. die Behauptung verfochten, daß bloß entfernte Versuchsakte (Vorbereitungshandlungen) noch nicht als bürgerlich strafbar angesehen werden dürfen [10]), uud es sind ihm hierin (wenn auch unter verschiedenen Modifikationen) viele neueren Schriftsteller und Gesetzgebungen gefolgt. Vor Allem ist nun mit dem Versuch des Verbrechens nicht

---

1) Wächter in der Tüb. krit. Zeitschr. I. 1. S. 44. Pfotenhauer S. 69. 70.

2) L. 1 pr. §. 1. L. 3 pr. §. 1 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1. i. f. ad l. Pomp. (48. 9). L. 1. L. 3 §. 1 D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6). L. 1 pr. §. 2 D. de extr. crim. (47. 11). L. 5 pr. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). L. 8 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22). s. jetzt auch Luden Hdb. I. S. 393. n. 5. vgl. Brackenhöft S. 62. 63.

3) so Hepp N. Arch. 1836. S. 240. vgl. Zirkler eb. 1839. S. 285 f.

4) Cropp S. I. tit. 3. Lelièvre p. 38 sq. Zachariä I. §. 115. II. §. 152.

5) Zachariä I. §. 116. II. §. 153. Wilda (gegen Luden) S. 608. N. Rev. S. 380. 381.

6) Gloss. ad l. 1 D. de extr. crim. und ad l. 13 D. ad l. Jul. de adult. Jac. de Bellov. Pract. III. c. 26. Baldus ad l. 5 C. de episc. u. ad l. 11 C. de his qui acc. non poss. Clarus §. fin. qu. 92. C. de Battandier Reg. 119. Menoch. arb. quaest. II. 4. cas. 360. Farinac. qu. 123. n. 106 sq. qu. 124. vgl. Zachariä II. §. 154—157. Pfotenhauer S. 170 f.

7) vgl. Damhouder c. 96. n. 16. c. 103. n. 11 u. die Citt. b. Zachariä II. §. 159 160. vgl I. §. 119 (wo Blumblacher und Carpzov mit Unrecht für die entgegenstehende Meinung angef. werden, die sich vielmehr nur bei Remus findet).

8) s. namentlich Böhmer, Quistorp, Koch, Meister, Renazzi, Klein rc. b. Zach. II. §. 160. 161. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 107—111 und die meisten Neueren. vgl Scholz Prozeß gegen die Gräfin Görtz-Wrisberg. 1835.

9) s. Zachariä I. §. 117 und d. dort Angef.

10) N. Arch. I. 168. 169. II. 602 f. IV. 20 f. X. 549. Bauer Anm. z. hann. Entw. I. 374 f. Abh. I. 319—321. Henke I. 255. (Nicht ganz bestimmt sprechen sich aus Wächter I. §. 85. n. 68. Abegg §. 94—96. Schröter §. 81. 85, — eher übr. gegen Mittermaier.) Zachariä I. §. 105—114. Rossi II. c. 27. Carmigniani III. p. 311. Luden Abh. I. 459—467. Lelièvre p. 275 sq. Wintgens p. 24. sq. 98. Brouwer p. 36. de Jonge p. 333 sq. Brackenhöft S. 69—74. Hélie II. c. 10.

zu verwechseln [1]) die bloße mündliche oder schriftliche Aeußerung, daß man dasselbe begehen wolle [2]), wodurch übrigens nicht ausgeschlossen wird, daß die Drohung bei manchen Verbrechen einen Theil des Thatbestands bildet [3]), oder daß sie an sich selbst als Injurie [4]), resp. als Delikt gegen die öffentliche Ruhe und Sicherheit [5]) erscheint. — Absolut nöthig zum Versuch (als einer Handlung) ist vor Allem ein Faktum, und zwar ein nicht nur überhaupt durch den Willen, sondern durch den auf den vollen Thatbestand eines bestimmten Verbrechens gerichteten dolus bestimmtes Thun. Daher genügen zum Versuche nicht allgemeine verbrecherische Projekte, vorläufige Anstalten zu noch unbestimmten Zwecken [6]). Vielmehr kommt Alles einzig darauf an, ob dem Thäter nachgewiesen werden kann, daß der betreffende Akt bereits mit der bestimmten Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, den innerlich abgeschlossenen Plan dazu in's Werk zu setzen, vorgenommen worden sei, — was auch schon bei sog. Vorbereitungshandlungen der Fall sein kann, wenn auch nicht immer sein muß [7]). — Gegen diese aus dem Begriff des Versuchs ganz einfach sich ergebende Konsequenz ist nun eben durch die o. a. Theorie eine durchaus abstrakte Unterscheidung geltend gemacht worden. Die Hauptgründe dafür sind: a) Vorbereitungshandlungen seien an und für sich unschuldige Akte, die nicht den Beweis liefern können, daß der Handelnde den festen Willen gehabt habe, die Ausführung auch wirklich zu beginnen [8]); b) sie seien der Zeit nach von der Ausführung entfernt; der Verbrecher müsse sich erst noch in den eine wirkliche Uebertretung des Gesetzes enthaltenden Zustand versetzen, sein Wille könne sich noch ändern [9]); c) durch Bedrohung der Vorb.handlungen komme man folgerichtig auf die Bestrafung des bloßen Entschlusses, auf Tendenzprozesse rc. [10]); d) die Kriminalpolitik rathe,

---

1) Dies geschieht von Jarcke in Hitzigs Zeitschr. H. 5. S. 151. Tittmann II. §. 516.

2) L. 225 D. de V. S. (50. 16). P.G.O. Art. 176. Heffter §. 76. n. 2.

3) Wächter N. Arch. XI. 639. XIII. 375. Zachariä I. §. 103.

4) L. 15 D. de injur. (47. 10).

5) Skopelismus, l. 9 D. de extr. crim. (47. 11). Landzwang, P.G.O. Art. 128. (sowohl von Carpzov qu. 37., als von Zachariä I. §. 104 falsch aufgefaßt, — relativ am besten von Wächter II. S. 44). Auch neuerdings bilden gefährliche Drohungen hie und da ein selbstständiges Delikt. s. z. B. Wirt. GB. Art. 282. Heff. 171. Zürich. GB. §. 47. rc.

6) Wenn Aeltere, wie J. de Bellovisu, Baldus u. A. mit der Glosse auch actus verbi od. consilii (im Unterschiede von actus reales) zum Versuche rechneten, so hatte dies einen andern Sinn. Pfotenhauer S. 171. Unter den Neueren gehen dagegen Manche hier zu weit, z. B. Jarcke. Dagegen s. bes. (abgesehen vom östr. GB.) Jenull I. 412 ff. u. Wächter u. Abegg a. a. O. (nur daß Wächter wohl mit Unrecht auf Schröter verweist). s. auch Hepp N. Arch. 1836. S. 247.

7) Dieser Ansicht sehr nahe steht Bauer, der nur die irrige (naturwidrige) Marotte hat, daß die Absicht aus dem Akt an und für sich schon erkennbar sein müsse. s. dag. Hufnagel III. 65. 66. vgl. Luden Hdb. I. 396. n. 11 und Otto S. 15—21. 30. 35. 59—62, der den Punkt genauer so bestimmt, daß die zur Ausführung reifende Vorbereitung bereits eine erkennbare Richtung gegen ein bestimmtes Objekt angenommen haben müsse (?). vgl. Erachten für Mecklenburg 1. S. 116—122.

8) s. bes. Zachariä I. 207—209. Rossi II. c. 27. Lelièvre p. 286. Mittermaier N. Arch. II. 606. 608. Hélie II. p. 13.

9) Mittermaier a. a. O. 609. 610. Schröter S. 121. n. 3.

10) Mittermaier a. a. O. S. 608. 609. Zachariä I. 210. Lelièvre p. 279. u. bes. Rossi l. c.

durch Aussicht auf Straflosigkeit den weiteren Fortschritt zum Verbrechen zu hemmen [1]; e) bei bloßen Vorb.handlungen sei der Beweis sehr schwer herzustellen [2]; f) der Gegenstand des Strafrechts seien nur äußere, objektiv gefährliche (äußerlich erkennbar gesetzwidrige) Handlungen; dahin gehöre aber immer erst die begonnene Haupthandlung [3]. — Allein ad a) ist das Gesagte höchstens von vorläufigen Anstalten zu noch unbestimmten Zwecken, allgemeinen verbrecherischen Projekten rc. zuzugeben, niemals aber von vorbereitenden Handlungen behufs der Ausführung eines bereits bestimmten verbrecherischen Plans. Eine Handlung, die im Dienste einer bestimmten verbrecherischen Absicht unternommen wird, tritt eben damit aus der Reihe der indifferenten (unschuldigen) Akte heraus. Die Behauptung aber, daß es nach Anschaffung der Mittel noch eines besondern Entschlusses zur Ausführung bedürfe, ist willkührlich; es bedarf nur einer Festhaltung des ersten Entschlusses, der schon der Anschaffung der Mittel vorangieng; und eben dies ist auch in dem Stadium von dem Anfang der Ausführung der Haupthandlung bis zum beendigten Versuche noch der Fall, oder man könnte mit demselben Rechte sagen, auch hier bedürfe es noch einer Reihe neuer, besondrer Entschlüsse [4]. Der Beweis der Absicht läßt sich doch aber ohne Zweifel mindestens durch Geständniß herstellen [5]. b) Die Entfernung der Zeit nach ist gänzlich indifferent [6]. Daß aber der Handelnde seinen Willen noch ändern könne, läßt sich wiederum mit demselben Rechte von allen Versuchshandlungen bis zum beendigten Versuche hin sagen [7]. c) Die behauptete Konsequenz findet handgreiflicher Weise nicht statt; denn es liegen ja betr. Falls stets äußere, aus verbrecherischer Absicht hervorgegangene Handlungen vor, die nach dem Anerkenntniß der Gegner selbst unbedingt unter den Begriff des Versuchs fallen [8]. Hält man aber nur daran fest, daß bloße Drohungen, vorläufige Anstalten, die erst zur Bildung einer bestimmten verbrecherischen Absicht führen sollen u. dgl., nicht genügen, sondern daß der Versuch erst beginnt, wenn mit der Hervorbringung eines bereits bestimmt beabsichtigten Verbrechens, der Ausführung eines wirklichen Plans thatsächlich der Anfang gemacht wird [9] (namentlich mit

---

1) s. auch die Wirt. Mot. z. Art. 57.

2) de Jonge II. p. 335—337.

3) Mittermaier N. Arch. II. 604. Zachariä I. 207. Brackenhöft S. 69. 70.

4) N. Rev. S. 384. Luden Hdb. I. 394. s. schon Jenull I. 417. 418. Pfotenhauer S. 33. n. 56. Mit Recht giebt daher auch Brackenhöft diesen Grund preis.

5) Breidenbach I, 2. S. 133. Hufnagel III. 66. s. auch de Jonge II. 338. 339.

6) Jenull I. 417.

7) N. Rev. S. 384. Unklar ist Roßhirt Entw. S. 305. 306. s. dag. die ganz richtig gezogene Konsequenz b. Cucumus N. Arch. X. 205—210.

8) vgl. Zachariä I. 201. Mittermaier N. Arch. II. 604. Anders allerdings Otto a. a. O., der aber den entfernten Versuch nur unter andrem Namen (bedrohende Vorbereitung) für strafbar erklärt (wovon er freilich simple d. h. nicht zur „Bedrohung" gediehene Vorbereitungsakte willkührlich ausschließt). Mit Unrecht polemisirt dieser übrigens S. 23. 24 gegen Heffter §. 75, da dieser §. 76. n. 5., sowohl in der Anschaffung als Anwendung der Mittel bei konkretem dol. strafbaren Versuch sieht. Goldtammer I. 266. 267 unterscheidet hiernach allerdings zwischen strafloser Vorbereitung u. Versuch.

9) Luden Hdb. I. 391—396. Hepp N. Arch. 1836. S. 245—247. Brei-

der Anschaffung und Zubereitung der hiezu nothwendigen Mittel, Kräfte und Werkzeuge), so fällt auch das vermeintliche politische Bedenken weg, daß die gleichgiltigsten und unschuldigsten Handlungen zur Verhängung eines Kriminalprozesses genügen werden [1]), wogegen überdies die bisherige Erfahrung in Deutschland auf's Bestimmteste spricht [2]). d) Der angef. krim. politische Grund ist ein an sich prekärer u. wird von denen, die sich seiner bedienen, gerade da verläugnet, wo er sich am wirksamsten zeigen müßte [3]). e) Abgesehen davon, daß hier wieder die regina probationum ganz ignorirt wird, folgt daraus nichts, als daß bei nicht hergestelltem Beweise freigesprochen werden muß, was aber bei weiter vorgeschrittenen Versuchshandlungen wieder gerade auf dieselbe Weise sich verhält [4]). f) Da nach dem Zugeständnisse der Gegner die Vorb.handlungen schon Versuch sind, so ist der Fortschritt von hier an ein bloß quantitativer, und aus dem Begriff des Versuchs selbst läßt sich zugestandener Maßen ein qualitativer Unterschied von der Stärke, daß von einem bestimmten Moment an das Mehr dem Gebiete der Strafbarkeit, das Minder dem Gebiete der Straflosigkeit zufiele, nicht ableiten [5]). Es wird daher auch hier wieder der Hauptgrund von außen herbeigezogen, daß eine Handlung, um strafbar zu sein, für sich selbst objektiv gefährlich sein müsse. Allein es ist schon ob. (§. 83. Anm. 3) gezeigt worden, daß dies unrichtig sei und zur Aufhebung der Strafbarkeit des Versuchs überhaupt führe [6]). Ueberdies verwickeln sich aber die Gegner hier in unlösbare Widersprüche mit sich selbst, indem sie sich zur Bekämpfung der (allerdings zur Begründung der richtigen Ansicht nicht tauglichen) Einwendung [7]), daß auch Vorbereitungsakte schon gefährliche Handlungen seien, anschicken [8]). Die Willkührlichkeit des von ihnen gesetzten Grenzpunktes (Anfang der Ausführung der Haupthandlung) zeigt sich ferner am schlagendsten darin, daß sie selbst unter einander über die richtige Bezeichnung dieses Straflosigkeit und Strafbarkeit [9]) scheidenden Grenzpunkts nicht

---

denbach S. 140. vgl. noch Feuerbach Lb. §. 43. Grolman §. 31. Martin §. 61. n. 15. Tittmann I. §. 98. Heffter §. 75. u. genauer Oersted Abh. II. 149 f. Jordan p. 11—19. Jarcke in Hitzigs Zeitschr. V. 148 f. Pfizer in d. Tüb. krit. Zeitschr. III. 100 f. Pfotenhauer S. 46 f. 182 f. Roßhirt zwei krim. Abh. S. 128 ff. Ungenau ist Marezoll S. 112—114.

1) N. Rev. S. 387.

2) Beispiele, wie die in Hitzigs Zeitschr. I. 39. V. 335 angef., stehen vereinzelt. s. dag. Hepp a. a. O. S. 244 ob. 247. Breidenbach I, 2. S. 133. 134. 144. Hufnagel I. 126—129. Leonhardt I. 160. u. die Zeugnisse bei Goldtammer I. 250. 251.

3) Hepp a. a. O. S. 248.

4) s. bes. Stübel Theilnahme S. 64. Breidenbach und Hufnagel a. a. O. Pfotenhauer S. 52—54. 55. 56. vgl. Arnold im N. Arch. 1843. S. 513.

5) Berner Theilnahme S. 91. 92 verspricht allerdings, mit Berufung auf den Fürsten Talleyrand, einen solchen Nachweis zu liefern. s. dag. Breidenbach I. 2. S. 141.

6) vgl. noch N. Rev. S. 385. 386. Jenull I. 417. 418.

7) s. bes. Oersted a. a. O. S. 153. 154. Hepp N. Arch. 1836. S. 245 unt. Binder Bem. z. bair. Entw. v. 1822. S. 38. 39.

8) vgl. Zachariä I. §. 112. s. dag. N. Rev. S. 387. 388.

9) Die Schwierigkeit tritt allerdings auch ein, wo es sich um die Unterscheidung zwischen entferntem u. nahem Versuch handelt. Es ist aber doch noch ein großer Unterschied, ob es sich um die Grenze absoluter od. bloß relativer Strafbarkeit handelt. Uebrigens aber ist die Fixirung jener 2 Grade an sich zu verwerfen. s. N. Rev. §. 123.

einig sind, und der eine schon zum Anfang der Ausführung rechnet, was dem andern bloße Vorbereitungshandlung ist [1]), zudem aber noch die auffallende Einräumung gemacht wird, daß Handlungen, welche im Allgemeinen nur als Vorbereitungsakte erscheinen, doch wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Verbrechens den Charakter von Ausführungshandlungen erhalten können [2]). Eben damit hängt denn endlich auch die gröbliche Inkonsequenz zusammen, womit die Gegner mehr oder weniger den von ihnen als gerecht vertheidigten Grundsatz alsbald wieder durch willkührlich zusammengewürfelte Ausnahmen durchlöchern [3]). — Gewiß ist jedenfalls, daß diese neue Ansicht einem allgemein [4]) seit Jahrhunderten in Deutschland anerkannten und in der Praxis geübten Rechtssatze widerspricht [5]). Die Entgegensetzung des, nicht einmal durch die frühere Doktrin und Praxis in Frankreich auch nur im Mindesten gerechtfertigten [6]), lediglich aus politischen Rücksichten hervorgegangenen Grundsatzes des Code pénal gegen die alte Uebung in Deutschland erscheint jedoch ebenso unnöthig als unglücklich, da die beliebte Gleichstellung der Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung in Frankreich natürlich den gesunden Menschenverstand zu einer Beschränkung des Versuchsbegriffs drängen mußte [7]), wofür in Deutschland für die gleiche Naturgabe nicht der mindeste Grund vorlag [8]). Gleichwohl hat der prinziplos aufgehaschte Satz des Code pénal die Runde durch die neueren deutschen Strafgesetzgebungen ge-

---

1) vgl. die angef. Abhandlungen von Mittermaier mit Bauer, Zachariä u. A. s. namentlich Zachariä I. 200. n. 1. S. 202. n. 1. II. S. 37. n. 2. Bauer Abh. I. 319. Kitka in Wagners Zeitschr. 1832. I. 180 f., bes. aber die ständischen Verh. bei Breidenbach, Hufnagel, Leonhard u. A., Weiß S. 140—142. 153—155. Hye S. 310. 311. N. Rev. S. 416—418. Luden Hdb. I. 396. n. 10. 11. Pfotenhauer S. 46 ff. vgl. Lelièvre p. 209—225. 275—282. Hélie II. 37 sq. Carnot comm. p. 16. Zirkler N. Arch. 1839. a. a. O. v. Seckendorf eb. II. S. 348—353. s. bes. Goldtammer I. 261—267.

2) Zachariä I. 203. II. 37. n. 2.

3) Mittermaier N. Arch. X. 549. Zachariä I. §. 114. u. S. 232. n. 3. Rossi l. c. Lelièvre p. 279—285. de Jonge II. 338 sq.

4) Erst das östr. GB. 1803 machte eine Ausnahme, und auch dieses in keineswegs zweifelloser Weise, wie die Auffassung von Jenull a. a. O. Lelièvre (p. 417). Luden Hdb. I. 392. n. 4., Zachariä I. §. 120., Breidenbach S. 134. u. A. beweist. s. indessen Hye S. 303—311.

5) s. diese Anm. i. A. vgl. auch Zachariä II. §. 158—162. Hepp a. a. O. S. 244 ob. Breidenbach I, 2. S. 133. Hufnagel I. 126. Leonhardt I. 160. s. auch Preuß. LR. II. 20. §. 42. Bair. GB. Art. 62. Anm. I. 187. u. die schweizerischen Gesetzgebungen b. Zachar. I. 227. n. 3. Goldtammer I. 250. 251. Gänzlich verunglückt ist daher die von großer Oberflächlichkeit zeugende Bemerkung von Temme Glossen. S. 92. n. 5.

6) Tiraq. de poen. temp. Csa. 38. Jousse III. P. 4. Tit. 21. art. 4. (nur bei crimes énormes hatte man früher den Versuch der Vollendung gleichgestellt).

7) s. übrigens auch Legraverend Lacunes 2c. I. 232. Die offen daliegenden Willkührlichkeiten u. Widersprüche der franz. Praxis (s. Hélie, Goldtammer l. c.), die an sich sehr verzeihlich sind, sollten doch in Deutschland nicht mit gar so blinden Augen angesehen werden (wie z. B. wieder in den bair. Mot. z. Art. 37. 38).

8) Hepp N. Arch. 1836. S. 246. 247. Breidenbach S. 139. Goldtammer I. 270. 271.

macht [1]). Keineswegs jedoch in seiner Reinheit [2]). Denn es lassen sich die betreffenden Bestimmungen wenigstens zum Theil (trotz der auf den C. pén. verweisenden Motive) auf die richtige Weise auslegen [3]). Die meisten Gesetzgebungen lassen freilich diese naturgemäße Auslegung nicht mehr zu [4]); allein sie haben gleichwohl mehr oder weniger das nationale Element wenigstens insoweit nicht zu verläugnen vermocht, daß sie eine größere oder geringere Reihe von Ausnahmen statuirten [5]), womit freilich der prinzipielle Fehler nicht gutgemacht ist [6]).

3) Der Satz, daß durch freiwilliges Aufgeben der Versuch straflos werde, wurde schon seit der Glosse unbedenklich auch im röm. Rechte gefunden [7]). Neuerdings ist behauptet worden, daß dies mit Unrecht geschehen sei [8]), jedoch ohne genügenden Grund. Wenn nämlich allerdings mehrere gewöhnlich angef. Stellen nichts beweisen [9]), so werden doch von den Gegnern Stellen angeführt, die ebenso wenig etwas bedeuten, da sie von einer ganz andern Frage reden [10]). Höchst willkührlich werden aber die geradezu den Satz beweisenden Stellen gedreht [11]). Freilich hängt dies mit der andern irrigen Ansicht zusammen, daß auch dem späteren röm. Recht der Begriff des Versuchs gänzlich gefehlt habe; s. dag. §. 81. Anm. 1 [12]). Der Widerspruch gegen die comm. opinio ist denn auch um so auffälliger, je klarer es ist, daß der fragliche Grundsatz zu denen gehört, die sich aus dem germanischen Rechte allein ohne Einwirkung des die Subjektivität überwiegend berücksichtigenden röm. Rechts gar nicht entwickeln konn-

---

1) obgleich auch in den Rheinlanden der franz. Rechtssatz zu endlosen Zweifeln geführt hatte.

2) s. selbst das östr. GB. §. 8. (7).

3) s. bes. Braunschw. GB. §. 36. 40. Zu weit geht dagegen Breidenbach S. 144.

4) Sächs. GB. Art. 29. Wirt. Art. 63. Hannövr. Art. 33. 34. Hess. Art. 65. Bad. §. 106. 108. Thüring. Art. 23. 27. Preuß. GB. §. 31. vgl. Beseler S. 137—140. Sächs. Entw. Art. 37. 43. Bair. Art. 37. 38.

5) Sächs. GB. Art. 30. Leonhard I. S. 163. Braunschw. GB. ed. Breym. S. 201. 202. Breidenbach I, 2. S. 142. 143. Bad. GB. §. 108. Thüring. Art. 27. Beseler S. 141. u. ganz besonders Hufnagel I. 126—129. vgl. die Bem. von Breidenbach S. 143. 144. N. Rev. S. 389.

6) Daß die deutsche Praxis in übler Lage ist, zeigen Weiß a. a. O. und Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 63. 64. n. 2. Gegen die Auslegung in Sachsen s. bes. Otto S. 24—35.

7) Gl. ad l. 65 D. de furt., ad l. 5. C. de episc. u. ad l. 19. ad l. Corn. de fals. vgl. die b. Zachariä II. §. 274. 275 angef. Italiener. Cropp S. I. p. 75 sq.

8) Luden Abh. I. 271 f. Zachariä II. §. 269—273. Lelièvre p. 112—116. s. dag. Hiddema Jongsma an del. con. poena sit affic. rc. p. 6—26. N. Rev. S. 390. 391.

9) L. 11 D. de in jus voc. (2. 4). L. 18 D. de jurisd. (2. 1). L. 5 D. ad Sct. Turp. (48. 16). vgl. de Jonge II. p. 97—99. L. 3. C. de apost. (1. 7.) L. 10 D. ad l. Pomp. (48. 9). L. 21. §. 7 D. de furt. (47. 2).

10) so L. 3 D. quod quisque (3. 2). L. 65 D. de furt. (47. 2). L. 5 D. vi bon. rapt. (47. 8). L. 1. C. de crim. stell. (9. 34).

11) bes. von Luden. s. l. 19. pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). L. 5. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). vgl. l. 13 D. de cust. reor. (48. 3). de Jonge l. c. p. 100—107 (der übrigens in diesen Bestimmungen Singularitäten sieht). s. noch Paul. R. S. V, 23. §. 3. L. 14. §. 8. l. 16. §. 3 D. de bon. libert. (38. 2).

12) vgl. Mittermaier N. Arch. X. 545. 546. Jordan p. 30.

ten [1]), wie denn auch die Gegner selbst behaupten, in die P.G.O. sei der fragliche Grundsatz durch die Autorität der ital. Jurisprudenz gekommen, welche an seiner Anerkennung durch das röm. Recht im Mindesten nicht gezweifelt hatte [2]). Eben weil nun die P.G.O. (Art. 178) den Grundsatz auf ganz zweifellose Weise ausspricht [3]), ist auch die Giltigkeit desselben, oder mindestens der Satz, daß bei freiwilligem Aufgeben die Strafe gemildert werden müsse, von der deutschen Doktrin [4]) bis auf unsre Zeit herab allgemein anerkannt worden [5]). Wie nun hiebei meist die ältere Doktrin willkührlich von der P.G.O. abwich, indem sie an die Stelle der Straflosigkeit bloße Strafmilderung setzte [6]), so zeigt auch die ältere Partikulargesetzgebung, ohne ein festes Prinzip fassen zu können, dieselbe Neigung [7]), und das an der Schwelle des 19ten Jhs. stehende Preuß. LR. (§. 43 vgl. 60—63) steht schon ganz auf der in der Aufklärungsperiode gewöhnlich gewordenen Grundlage kriminalpolitischer Erwägungen [8]). Hier ist nur Begnadigung in Aussicht gestellt. Allein die gleichen Zweckmäßigkeitsgründe sind damals und später auch für die Straflosigkeit geltend gemacht worden, bald allein, bald wenigstens neben dem allein entscheidenden Rechtsgrunde [9]), — bedeutungslos, weil aus ähnlichen Gründen ebensoleicht das Gegentheil gefolgert werden kann [10]). Nur der im §en angef. Rechtsgrund hat wirkliches Gewicht [11]). Aus demselben ergiebt sich zugleich, daß a) von dem freiwillig aufgegebenen Versuche nicht auf die gleiche Behandlung der Reue nach vollbrachter That geschlossen werden darf [12]), b) daß durch die Zurücknahme der Absicht die verbrecherische Eigenschaft der Handlung nur insoweit aufgehoben wird, als sie den Versuch des beabsichtigten Verbrechens darstellen würde, während sie eine solche allerdings als vollbrachtes geringeres Delikt behalten

---

1) s. Zachariä II. 282. n. 2.

2) Luden Abh. I. 518. n. 1. Zachariä II. §. 277.

3) Jordan p. 32 sq. — Einzelne Zweifler giebt es allerdings auch hier. s. z. B. Kleinschrod I. §. 42. und wenigstens relativ Tittmann I. §. 98. n. v. Grolman §. 169. n. 2. vgl. Marezoll S. 111. 112. (?).

4) s. die Nachweisungen b. Zachariä II. §. 279—282. u. eb. §. 249—269. Luden Hdb. I. 417 f. A. M. Kleinschrod a. a. O. Oersted Grundregeln S. 159 f.

5) A. M. sind Lelièvre p. 342—352. Wintgens p. 121. Brouwer p. 40; doch wollen sie auch mildere Strafe.

6) Dies hatte freilich Clarus ausgesprochen §. fin. qu. 61. n. 21. vgl. Carpzov, Kreß, Böhmer, Engau, Koch, Quistorp u. A. bei Zachariä a. a. O.

7) Oestr. L.G.O. 1678. II. Art. 65. §. 7. j. Art. 62. §. 12. Sächs. Konstit. Const. 16. 32. a. E. Preuß. LR. 1620. VI. Tit. 5. Art. 1. §. 9. Tit. 7. Art. 1. §. 8. Cod. Max. c. 8. §. 8. Theres. art. 13. §. 5. 6.

8) Klein Grundsätze §. 153.

9) Mittermaier N. Arch. I. 199. 200. vgl. X. 555 (?). Jenull I. 203. Bauer Abh. I. 355—358. (vgl. Schop N. Arch. 1842. S. 533. 534). Henke I. 257. Rossi II. c. 32. Feuerbach Krit. d. Kleinsch. Entw. II. 103. Anm. z. bair. GB. I. 181. Zachariä II. §. 259. Hye S. 328 Note.

10) Oersted Grundregeln S. 159 ff. Kleinschrod, Tittmann, Grolman, Lelièvre a. a. O. Breidenbach I. 2. S. 189 ff. 199 ff.

11) Zachariä II. 239—242. 246. Luden Hdb. I. 420. n. 8. A. M. Otto S. 84—90, jedoch auf den Grund einer eigenthümlichen Strafrechtstheorie.

12) Mehrere ältere deutsche Gesetzgebungen, u. noch das Preuß. LR. haben diese richtige Einsicht nicht. vgl. Oersted a. a. O. Otto a. a. O., der geradezu die vollständige Privatausgleichung (wo sie möglich sei) als Surrogat der Strafe ansieht!

kann [1]), c) daß die Absicht wirklich aufgehoben, nicht etwa die Ausführung bloß aufgeschoben sein muß [2]). — Damit aber Straflosigkeit eintreten könne, ist zweierlei erforderlich: 1) daß der Versuch freiwillig aufgegeben worden, d. h. daß die Vollbringung nicht aus andern, vom Willen des Thäters unabhängigen Gründen (weil er unüberwindliche oder doch abschreckende Hindernisse fand, weil er das erwartete Interesse nicht antraf, weil seine Kräfte nicht ausreichten, Objekt oder Mittel untauglich waren, weil ein Zufall dazwischentrat ꝛc.), unterblieben sei [3]), — wogegen andernfalls auf das Motiv des nicht von außen veranlaßten Abstehens nichts ankommt [4]). — 2) daß nicht bereits beendigter Versuch vorgelegen, d. h. der Thäter bereits alles zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche seinerseits geleistet geglaubt habe. Denn der beendigte Versuch ist für des Thäters Bewußtsein das vollendete Verbrechen selbst [5]). Er glaubt in diesem Augenblicke alle den Eintritt der verbrecherischen Wirkung bedingenden Naturursachen angeregt zu haben. Für ihn ist daher kein freiwilliges Abstehen von einem bloßen Versuche mehr denkbar, da er sich eben bewußt ist, die Grenze des Versuchs hinter sich zu haben [6]). — Die Frage, ob die Sinnesänderung in

1) s. schon Baldus ad l. 5. C. de episc. Menoch. b. Zachar. II. 286. Farinac. qu. 124. n. 33. Granz b. Zachariä II. 301. Luden Abh. I. 520. Zachariä II. 293. Im Hdb. I. 420. 421 macht Luden eine Distinktion, die nur theilweise richtig ist. Die n. 11 gegen Zachariä (vgl. N. Rev. S. 444) behauptete Inkonsequenz ist keine, da von dem Fall des qualifiz. Versuchs auf den vorliegenden kein Schluß gilt, in diesem vielmehr mit vollem Rechte gesagt werden kann, daß in der Absicht zu tödten auch die Absicht der Verwundung nothwendig mitgelegen habe. Regelmäßig wird hier allerdings beend. Vers. vorliegen, d. h. freiw. Abstehen ausgeschlossen sein. Mit Unrecht beruft er sich auf Bauer Abh. I. S. 397—399, der in den entgegengesetzten Fehler fällt.

2) Zachariä II. §. 251. 262. Hepp N. Arch. 1836. S. 253. Bauer Abh. I. 359. (vgl. Zachariä II. 254. n. 1). Anm. z. bair. GB. I. 182. N. Rev. S. 392—395.

3) s. schon Farinac. b. Zach. II. 287. Romagnosi §. 724 sq. Zachariä II. §. 250—254 (im §. 254 Unrichtiges) j. 261. 262. Bauer Abh. I. 358. 360. Luden Hdb. I. 424—427. vgl. Lelièvre p. 233 sq. vgl. übr. Leonhard I. 171 n. *. Hye S. 330. 331.

4) Henke I. 259. Bauer, Zachariä, Luden a. a. O. vgl. Schröter §. 87. u. andrerseits Breidenbach I. 2. S. 204. 205.

5) A. M. Henke a. a. O. Zachariä II. §. 263. 264, der von einem unrichtigen Begriffe des beendigten Versuchs ausgeht. s. dag. schon Menoch. arb. quaest. Cas. 360. n. 20, u. unter den Neueren bes. Bauer Abh. I. 360—362, der jedoch gleichfalls den beendigten Versuch unrichtig bestimmt u. in Widersprüche geräth, S. 332., Luden Hdb. I. 428. 429, von dem theilweise dasselbe gilt. Richtiger Schröter §. 88. Rossi II. c. 29. 33. Heffter §. 99. n. 4. vgl. Breidenbach S. 204. n. 1. 2. — N. Rev. S. 395—399. 419—427. Held und Siebdrat S. 74. 75. vgl. überhaupt Held in den N. Jahrb. III. 93 f. und eb. I, 4. S. 107. 108. VI. 78 f.

6) In einem Falle, wo der Thäter die Möglichkeit noch in der Hand hat, den wirklichen Eintritt des Erfolgs abzuwenden und diese Möglichkeit wirklich benützt, hat er keinen bereits beendigten Versuch wieder aufgegeben. Gewöhnlich werden hier Fälle zusammengeworfen, die sehr verschieden sind. s. z. B. Zachariä II. 256—258. (s. übr. dens. II. 34!) Luden a. a. O. s. dag. N. Rev. 396—398. 426. vgl. Breidenbach a. a. O. und die dort citt. französ. Schriftsteller. Kann oder will im fraglichen Falle der Thäter die Wirkung nicht mehr aufhalten, dann war der Versuch ein beendigter. Hier aber bloße culpa anzunehmen (N. Arch. VI. S. 62. n. 2. Hepp eb. 1836. S. 46), ist gänzlich verkehrt. Zachariä II. 264. s. auch Leonhard I. 172. 173. vgl. auch Temme Glossen S. 94—96 (nur theilweise richtig).

eine äußere, dieselbe beurkundende, dem bisherigen gesetzwidrigen Handeln entgegengesetzte Thätigkeit übergegangen sein müsse, — ist insofern zu bejahen, als in der Regel das Angeführte nothwendig sein wird, um im konkreten Falle den Beweis der zurückgenommenen Absicht herzustellen [1]). Mit Unrecht wird jedoch derselben hie und da [2]) die prozessualische Wendung untergelegt: ob das freiwillige Abstehen vom Versuch oder das Gegentheil zu vermuthen, resp. ob der Beweis für das erstere vom Angeschuldigten zu führen sei? [3]) — Die neueren deutschen Gesetzgebungen seit dem östr. GB. (1803) haben den fraglichen Grundsatz fast durchaus, wenn auch offenbar meist mehr nur aus Zweckmäßigkeitsgründen anerkannt; eine Ausnahme machen das sächsische GB. Art. 28 [4]), welches Strafe, relativ das bair. u. hannövrische, welche (Art. 59. 35) polizeiliche Aufsicht anordnen [5]), u. das hessische, welches den beim Versuch anerkannten Grundsatz bei den ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlungen verläugnet [6]). Im Einzelnen dagegen weichen die neueren Gesetzgebungen mehrfach von einander ab, mit Ausnahme des Grundsatzes, daß das bereits Bewirkte, wenn es sich als ein delictum sui generis darstellt, als solches zu bestrafen ist [7]), auch wohl des andern, daß der Versuch nicht bloß aufgeschoben sein darf [8]). Was namentlich die Bedingungen der Straflosigkeit (resp. der geringeren Strafe) betrifft, so stimmen sie hinsichtlich der näheren Bestimmung dessen, was unter freiwilligem Abstehen verstanden werden soll, nur insoweit überein, daß ein solches entschieden nicht anzunehmen ist, wenn bloß durch äußere Hindernisse, Dazwischenkunft von Zufällen, physisches Unvermögen die Vollendung unterblieben ist, lassen aber der Auslegung im Uebrigen noch vielen freien Raum [9]). Das Er=

1) Bauer Abh. I. 362—364. Zachariä II. 263. 264. s. auch schon Schröter §. 87. Viel weiter geht Otto a. a. O., der darin die conditio s. qua non sieht, und daher den Grundsatz ungemein beschränkt (andrerseits aber freilich auf vollendete Verbrechen erweitert).

2) Gans krit. Bel. d. hann. Entw. I. 107 f. Zachariä II. §. 265. 266. vgl. Rossi II. c. 32. Lelièvre p. 231 sq. 329 sq.

3) Am schroffsten spricht sich Breidenbach I, 2. S. 205—207 aus. s. dag. schon Zachariä a. a. O., u. gegen diesen Hufnagel I. 148. Bauer a. a. O. Luden Hdb. I. 431—433. Zachariä selbst II. §. 278. (vgl. die II. S. 287 citt. Italiener). N. Rev. 399—401. vgl. Leonhard I. 174—176.

4) s. dag. Herrmann S. 79. Schüler S. 31. 32. vgl. Art. 65 (!). Weiß S. 149—151. vgl. Zürich. GB. §. 46, 2.

5) Leonhard I. 176. vgl. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 70. n. 6. (s. jed. Ges. 13. Aug. Art. 9.) Breidenbach S. 209. 210. Braunschw. GB. ed. Breym. S. 202.

6) Breidenbach S. 207—209. s. dag. Wirt. GB. Art. 73. Leonhard S. 173.

7) Hye S. 329. 330. Beseler S. 143 (unklar). Bair. GB. Art. 63. Sächs. Art. 28. Wirt. Art. 73. Hann. Art. 34. Hess. Art. 70. Braunschw. §. 69. Bad. §. 117. Thüring. Art. 26. Weiß S. 151. (s. bes. die Fälle in der Note). Breidenbach S. 210.

8) s. Bair., Hann., Hess. (69), Braunschw. GB. Die übrigen erwähnen den Punkt nicht. s. jedoch Hufnagel I. 148. Held N. Jahrb. f. sächs. Strafr. 1845. S. 99 ff. Hamb. Entw. 1848. Art. 32. (1849. 31).

9) vgl. Braunschw. GB. (ed. Breym.) S. 229 ob. u. bad. §. 117, wo Alles der Auslegung überlassen ist. Bestimmter sind in Beziehung auf die Negative das östr., bair., wirt., hann., hessische, in geringerem Grade das sächs., thüring. u. preuß. GB. Die meisten sprechen sich über die Motive des Abstehens

forderniß, daß der Versuch nicht schon beendigt sein dürfe, ist mehrfach ausdrücklich oder stillschweigend gutgeheißen [1]). Offenbar ist aber hier meist der Begriff des beendigten Versuchs zu eng genommen und daher hie und da für den Fall, wo der Thäter nach (sog.) beendigtem Versuch den Erfolg noch abwendete, eine Strafmilderung [2]), resp. für einzelne Fälle Straflosigkeit [3]) bestimmt. Allgemein und richtig ist dagegen die Frage im preuß. GB. §. 31 entschieden; ebenso in dem wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 10 [4]). — Mit dem vorliegenden Falle sind übrigens viele Bestimmungen der neuen Gesetzgebungen nicht zu verwechseln, welche bei thätiger Reue nach eingetretener Vollendung noch Strafmilderung, resp. Straflosigkeit eintreten lassen [5]). — Was endlich die Beweisfrage betrifft, so lassen es die neueren Gesetzgebungen hier fast durchgängig [6]) bei den allgemeinen Grundsätzen bewenden, wornach nichts zu präsumiren ist.

§. 85.

Von seinem Anfangspunkte an stellt der Versuch ein fortwährendes Fortschreiten der in Thätigkeit übergehenden Absicht bis zur Vollendung hin dar. In diesem quantitativen Fortschritte lassen sich jedoch so wenig, als in dem gleichen bei der culpa (§. 66), qualitative Unterschiede und hiemit bestimmte Grade fixiren. Nur der Endpunkt des Versuchs läßt sich ebenso bestimmt wie sein Anfangspunkt angeben. Beendigt ist nämlich der Versuch, sobald der Handelnde alle ihm erforderlich scheinenden Thätigkeitsäußerungen vorgenommen hat, die Wirkung aber, welche das vollendete Verbrechen ausmacht, nicht eintritt vermöge einer Naturursache, deren

---

nicht aus. Dagegen thun dies das bair. und wirt. GB., welche Gewissensregung, Mitleid, Furcht vor der Strafe nennen, beschränkender das hess., welches ausdrücklich Reue fordert. Breidenbach S. 204. 205. vgl. damit die in's andre Extrem gehende Auslegung b. Hye S. 330. 331., bes. aber Held N. Jahrb. f. sächs. Strafr. 1845. S. 99—101. (vgl. Weiß S. 149. Held u. Siebdrat S. 75). Hufnagel III. 78. 99. 256. 257. Leonhardt S. 170. 171. Goldtammer I. 255—258.

1) Hannöv., hess., bad., thüring. GB. vgl. das sächs. und braunschw. (?). Hufnagel I. 148. sächs. Entw. Art. 42.

2) Bad. GB. §. 118. Thüring. Art. 26, 2. Sächs. GB. Art. 178. Entw. Art. 40. vgl. aber Breidenbach S. 204.

3) z. B. Wirt. GB. Art. 383, 2. Hann. GB. Art. 187. I., von Bauer Abh. I. 362 und von Luden Hdb. I. S. 430. n. 11. irrig dargestellt. s. dagegen Leonhardt I. 171—173, der aber das punctum saliens in Beziehung auf die Sache selbst verfehlt.

4) Einfluß des franz. Rechts. Sirey XII, 1. 243. XV, 1. 220. Lelièvre p. 236. 369 sq. — Goldtammer I. 258. 267—272 (über den Begriff des beend. Versuchs sehr unklar). Unbestimmt ist der bair. Entw. Art. 37, 2. Nach östreich. Recht scheint die Frage unpraktisch zu sein, da dies so häufig schon vollendetes Verbrechen annimmt, wo in der That nur beend. Versuch vorliegt, übrigens hier die thätige Reue als Milderungsgrund gelten läßt. Hye S. 295—297. 331—333. vgl. 349. 350.

5) Oestr. GB. §. 62. 165. 168. 187. 188. Sächs. GB. Art. 65. 151. 188. Bair. Diebstahlsnov. Art. XI. Wirt. Art. 383, 1. Braunschw. §. 208 rc. Bad. §. 561. Leonhardt I. 173. n. **. Breidenbach S. 200. n. 2. rc. rc.

6) Ausnahmen s. im bair., und noch schroffer im hess. GB s. dag. die französ. Praxis b. Merlin rép. univ. XVII. v. tentative. u. andre Zeugnisse b. Goldtammer I. 260. u. bair. Ges. 29. Aug. 1848. Art. 8, 2.

Wirksamkeit ganz oder relativ unabhängig von seinem Willen ist, sofern er die äußeren Umstände und den darin wirkenden Naturkausalismus nicht richtig berechnet oder geleitet hat. N. Rev. §. 123.

1) Daß der Versuch von seinem Anfangspunkte an, der freilich sehr verschieden bestimmt wird, eine Menge von Abstufungen zulasse, ist überall anerkannt [1]). Nicht ebenso aber der Satz, daß sich mit Ausnahme des im §. Angegebenen bestimmte Grade nicht fixiren lassen [2]). Ganz unzulässig war es vor Allem, wenn man bestimmte Versuchsstufen im röm. Recht abgegrenzt finden wollte [3]). Auch die Glosse und die ältere ital. Doktrin, wie die P.G.O. wissen nichts von solchen bestimmten Graden [4]). Erst die ital. Doktrin im 14ten Jh. fieng an sich damit zu beschäftigen, und zwar aus einem zunächst der Sache selbst äußerlichen Grunde, nämlich in dem Bestreben, die Regel des röm. Rechts über die gleiche Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung zu beschränken. Man fieng an conatus remotus, propinquus, proximus zu unterscheiden, war aber über die Stufen im Einzelnen so wenig einig, daß der eine noch zum con. remotus rechnet, was dem andern schon con. proximus [5]) ist. Ebensowenig ist eine bestimmte Fixirung solcher Grade der deutschen Doktrin seit der P.G.O. gelungen [6]). Auch hat es nicht an solchen gefehlt, welche die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit einsahen, in einer bloß quantitativ gedachten Reihe bestimmte Abschnitte zu bilden [7]) — Indessen war schon in der ital. Doktrin der nicht mehr bloß quantitative, sondern qualitative Abschnitt des beendigten Versuchs [8]) aufgetaucht [9]), indessen in der Regel nicht als eigene Stufe ausgeschieden, sondern mit dem con. proximus identifizirt oder wenigstens als dessen äußerste Spitze bezeichnet worden [10]). Erst Klein [11]) hob diesen Begriff mit Schärfe hervor, indem er (was freilich mit Recht Tadel erfuhr) [12]) ihn ganz von dem des Versuchs ablöste und zwischen Versuch und Vollendung in die Mitte stellte. Seitdem ist nun zwar in der Regel der beendigte Versuch als eigenthümliche Stufe unter die Versuchsgrade, deren man bald 4 [13]), bald 3 [14]), bald 2 [15]) annimmt, aufgenom-

---

1) Romagnosi genesi §. 654. Böhmer Med. ad art. 178. §. 5. Hélie II. 124. Zachariä II. 1. 2. rc. rc.

2) vgl. neben den meisten Uebrigen z. B. Feuerbach §. 43. Heffter §. 75.

3) Cropp S. I. tit. 3. Lelièvre p. 38 sq. s. dag. Wächter Lb. I. S. 138—140. Zachariä II. 6. 7. Luden Abh. I. 267 f.

4) Zachariä II. §. 154. 158.

5) Zachariä II. §. 155—157. 206—211. vgl. Pfotenhauer S. 172 f.

6) Zachariä II. §. 159. 160.

7) Böhmer l. c.

8) Delictum perfectum; — nicht aber schon in der Glosse, wie Luden Abh. I. 418 behauptet. s. dag. Zachariä II. 10. n. 3.

9) A.-M. Wächter I. S. 142. Roßhirt Entw. S. 323. s. jed. Menoch. cas. 360. n. 20.

10) s. d. Citt. b. Zachariä II. 15. n. 2. S. 17. n. 2. S. 21. n. 1. u. Böhmer l. c. §. 9.

11) Grundsätze §. 145.

12) Schröter S. 126. n. 2. Wächter I. S. 142. Henke I. 263.

13) Feuerbach Kritik II. 121. Heffter §. 75.

14) so die Meisten, indem sie dem con. remotus u. proximus (del. attentatum u. inchoatum) noch das del. perfectum beifügen, dabei übrigens die sog. Vorbereitungshandl. bald zum con. rem. mitrechnen, bald nicht.

15) mit Ausstoßung der Vorb.handlungen: bald als entfernter u. naher (nächster), bald als nicht beendigter u. beendigter Versuch.

men worden. Allein theils fehlt es noch immer nicht an solchen, die ihn überhaupt als eigenthümliche Stufe verwerfen [1]), theils ist bei denen, die ihn aufgenommen haben, meist die Einsicht zu vermissen, daß es nichts taugt, dem Stadium des beendigten Versuchs wiederum nur quantitativ bestimmte Stufen voran zu schicken [2]), die sich gar nicht befriedigend fixiren lassen [3]). Allein — auch hievon abgesehen — wird der Begriff des beendigten Versuchs neuerdings meist keineswegs richtig definirt. Derselbe wird nämlich abstrakt objektiv gefaßt [4]) und infolge davon behauptet: a) daß er nicht anwendbar sei auf untaugliche Versuchshandlungen [5]), b) ebensowenig auf alle sog. formellen Verbrechen, bei welchen er sich eben nur in der Form des untauglichen Versuchs zeigen könnte [6]). Diese Konsequenz ist richtig [7]), aber sie führt viel weiter, d. h. sie führt zur völligen Negation des Begriffs des beendigten Versuchs [8]). Wenn Weber diesen überall ausgeschlossen wissen will, wo das Fehlschlagen der Unternehmung nur irgendwie mit auf eine Ungeschicklichkeit oder dgl. des Handelnden zurückzuführen sei, so läßt sich dies ebenso auch von jeder an sich noch so tauglichen Versuchshandlung behaupten [9]). Es ist daher inkonsequent, von dem abstrakt objektiven Standpunkte aus auch nur in der beschränktesten Weise [10]) beend. Versuch anzunehmen, doppelt inkonsequent aber, wenn überdies bei der Anstiftung ein beend. Versuch sogar in Beziehung auf formelle Verbrechen, desgleichen wenn ein solcher dann statuirt wird, wenn zur Bewirkung des Erfolgs noch die Handlung eines Andern erforderlich war [11]). Es muß deshalb vielmehr der Begriff des beendigten Versuchs subjektiv gefaßt und auf alle (formelle und materielle) Verbrechen, auf taugliche, wie auf untaugliche Versuchsakte angewandt werden [12]). Bei formellen

1) Mittermaier N. Arch. IV. 14. 21 f. VI. 385 u. n. 1. z. F. §. 43. Anm. z. bair. GB. I. 179. Henke I. 263. Roßhirt Entw. S. 317—319 (freilich nicht sehr genau). Unklar ist Goldtammer I. 267—272.

2) N. Rev. S 415—419. vgl. Zachariä II. 33. 38—40. Bauer Abh. I. 335.

3) Am verwerflichsten ist es daher, wenn man auch jetzt eine nur quantitative Eintheilung aufstellt, wie Mittermaier, Henke, Roßhirt a. a. O.

4) s. bes. Weber im N. Arch. IV. 24—55. vgl. den Fall bei Habicht Erört. S. 240. Schaffrath S. 512 (!).

5) Zachariä II. §. 163. Weber a. a. S. 35—37.

6) Weber a. a. O. S. 38. 39. Zachariä a. a. O. vgl. S. 27. n. 1 gegen Weber. Bauer Abh. I. S. 331. Roßhirt Entw. S. 315 f. de Jonge II. 323. 324. Brackenhöft S. 87—89.

7) Daher ist Bauer S. 333 sehr inkonsequent, wenn er (allerdings richtig) auch untaugliche Versuchsakte zuläßt, gleichwohl aber den beend. Versuch auf die sog. materiellen Verbrechen beschränkt.

8) Insoweit sind die Einwürfe von Otto S. 21—23 gegen die gewöhnliche Auffassung ganz berechtigt.

9) N. Rev. S. 419—422.

10) Sonderbar kontrastirt mit dieser Beschränkung die Behauptung, daß es bei mehreren Verbrechen sogar nur einen beend. Vers. geben soll. Mittermaier N. Arch. IV. 19. 20. Rossi II. c. 31. Weber S. 39—41. s. dag. Zachariä II. 30. 31. 40. n. 1. Hepp N. Arch. 1836. S. 232—235.

11) so Zachariä II. 33—36.

12) Die Polemik gegen den beendigten Versuch bei Hufnagel II. 129—132. II. 894. III. 66—73. 640. (vgl. Schwarze Krit. d. preuß. Entw. S. 44) geht nur gegen den Begriff in der irrigen Fassung Webers und Zachariäs. Leonhard I. 173. n. 8 zieht nur eine gerade ganz verkehrte Konsequenz. S. 167 spricht

Verbrechen kann er allerdings nur in der Form des untauglichen Versuchs vorkommen. — Mit Recht definiren daher auch die französischen Juristen das délit manqué als das subjektiv vollendete Verbrechen [1]), ohne es damit von der Sphäre des Versuchs auszuschließen [2]), und mit sehr richtigem Takte nehmen sie noch Versuch, und noch nicht dél. manqué (beend. Versuch) an, solang es noch von des Thäters Willen abhängt, den Erfolg abzuhalten, daher Straflosigkeit, wenn der Thäter diese Möglichkeit noch mit Erfolg benützt hat [3]).

2) Obgleich die P.G.O. keine Grade des Versuchs fixirt hatte, so ließen es doch die Worte des Art. 178 unzweifelhaft zu, solche in sie hinein zu interpretiren, was denn auch durch Doktrin und Praxis unbedenklich geschah. Der große Einfluß der Doktrin ist aber auch in den neueren Gesetzgebungen noch vorwaltend. Die Theresiana [4]) unterscheidet entfernten Versuch, nahen und nächsten; das preuß. LR. [5]) entfernten (Vorbereitungshandlungen), nahen und beendigten (del. perfectum). Das östr. GB. hebt keine Grade hervor, sondern begnügt sich mit der allgemeinen Vorschrift, daß der Versuch, je entfernter von der Vollendung, um so milder gestraft werden müsse [6]). Das bair. (Art. 60—62) unterscheidet nächsten und entfernten (Vorb.handlungen) Versuch, hebt zwar den beend. hervor, aber nur als eine Art des nächsten [7]). Das sächs. unterscheidet keine Grade, deutet aber Art. 26, 2 den Fall des beend. Versuchs als einen eigenthümlichen und schwereren an [8]). Das wirtemb. (Art. 64. 65) [9]), das hannövr. (Art. 33) [10]), das braunschw. (§. 36), das hess. (Art. 68) [11]), das bad. GB. (§. 106. 107.), unterscheiden beendigten und nicht

---

er Hufnagel nach, ohne ihn jedoch richtig zu verstehen. s. diesen III. 71. u. StrafGB. mit Anm. S. 65 ob. — vgl. N. Rev. S. 422—428. Wächter und die frühere (gem. rechtliche) Praxis in Wirtemb. b. Hufnagel III. 70. 71. Luden Hdb. I. 409. n. 5. Breidenbach I. 2. S. 174.

1) Rossi II. c. 29. i. f. c. 33. vgl. Romagnosi §. 623 sq.

2) Dies behauptet Zachariä II. 42 und Beseler S. 145. 146. s. dag. das direkte Gegentheil bei Hélie II. 26. Dieser und Rossi nehmen nur an der gleichen rechtlichen Behandlung der tentative u. des délit manqué Anstoß, womit sie ganz Recht haben. vgl. Goldtammer I. 269—271.

3) Mit solchen Fällen, welche nach Zachariä II. 34. 255—258 bald beend., bald nicht beend. Versuch sein sollen und ihn sehr in Verlegenheit setzen (N. Rev. S. 424—426), sind übrigens diejenigen nicht zu verwechseln, welche bei Hélie II. 31. 32 (vgl. Zachariä II. 43. n. 1) angeführt sind! — Hat der Thäter die Möglichkeit nicht benützt, so hat er seinen Versuch beendigt, und wenn der Erfolg gleichwohl nicht eintritt, so liegt d. manqué vor. A. M. scheint Breidenbach S. 175. vgl. S. 204 ob.

4) Art. 13. §. 3. Zum entfernten zählt sie die bloßen Vorbereitungen, ja sogar ernstliche Willensäußerungen. Den con. proximus beschreibt sie als delictum perfectum.

5) II. 20. §. 40—42, es umschreibt den Klimax von Klein §. 145.

6) §. 47 (40) a. Hye S. 333 Note. vgl. Jenull I. 419 ff.

7) vgl. Zachariä II. 45. 46. Das Zürich. GB. §. 43 unterscheidet nur nahen und entfernten Versuch. Keine Grade macht das Wadtländ. Art. 35. 36.

8) (Daher sagt Breidenbach I. 2. S. 172. n. 2 zuviel). Ebenso das thüringische Art. 23; eigenthümlich dagegen ist diesem die Forderung eines beend. Versuchs in Art. 25 (Verbrechen am untaugl. Objekt). vgl. sächs. Art. 27.

9) fällt weg nach Ges. 13. Aug. Art. 10.

10) Wenig erquicklich ist die Interpretation von Leonhardt S. 164—168.

11) Breidenbach I, 2. S. 166—176.

beendigten Versuch [1]) — (neben den ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlungen). Das hessische theilt den nichtbeendigten noch überdies in nahen und entfernten [2]). Alle beziehen den Begriff bloß auf materielle Verbrechen, da sie vom Nichteintreten des Erfolgs [3]) sprechen. Zugleich setzen sie voraus, daß der Thäter mit tauglichen Mitteln und am tauglichen Gegenstand operirt habe (ausgenommen das bair. und hessische GB. [4]). Beides war konsequent, nachdem sie den Begriff des beend. Versuchs objektiv gefaßt hatten [5]). Gleichwohl hat sich mehr oder minder die richtige Ansicht überall Bahn gemacht. Mag nämlich immerhin der Begriff des beendigten Versuchs auf materielle Verbrechen und meist auch auf taugliche Versuchsakte zu beschränken sein, so ist doch allerseits anerkannt, daß auch untaugliche Versuchsakte strafbar seien [6]), und diese Strafbarkeit ist auf materielle Verbrechen keineswegs beschränkt. In der That strafen daher die neuen Gesetzgebungen den beend. Versuch (trotz der theoretisch unrichtigen Definition desselben [7]) auch bei untauglichen Versuchshandlungen und folgeweise auch bei formellen Verbrechen; wenn sie ihn aber hier stets gelinder strafen, so ist das (s. u.) ganz in der Ordnung. — Anders verhält sich Alles nach dem östr. und preuß. GB. Beide lassen den untauglichen Versuch straflos [8]). Dem ersteren ist auch der Unterschied von formellen und materiellen Verbrechen gleichgiltig.

§. 86.

Der Versuch bildet einen geringeren Schuldgrad, als das vollendete Verbrechen. Denn, wie bei der culpa (§. 67), so decken sich auch beim Versuch beide Seiten der Handlung nicht. Selbst der beendigte Versuch steht daher an rechtlicher Schuld unter dem vollendeten Verbrechen, da dem Rechte der Wille nur verfällt, inwiefern und inwieweit er sich objektivirt hat. Von dem Anfangspunkte des Versuchs bis zu seinem Endpunkte aber wächst mit dem

1) das bad. GB. spricht bloß von Versuch und beendigtem Versuch.

2) s. darüber (u. über die Anomalie in Art. 76—78) Breidenbach S. 175. 176.

3) Das preuß. LR. sagt: Wirkung. ebenso das hannövr., ohne jedoch etwas Anderes zu meinen. s. auch Erachten f. Mecklenb. S. 129 ob. Hamb. Entw. 1849. Art. 27. j. 24.

4) das bair. GB. spricht übrigens solchenfalls nur vom nächsten Versuch. vgl. Art. 57. 60. 61.

5) Dies thut auch das hessische. Mit Recht behauptet indessen Breidenbach, daß es subjektiv zu interpretiren sei, da es taugliche und untaugliche Akte gleichstellt. Die Unrichtigkeit der bloß objektiven Auffassung ist wenigstens theilweise korrigirt im bad. GB. §. 107. j. 110. vgl. §. 118 und im sächs. Entw. Art. 38. j. 40.

6) s. §. 83. Anm. 4.

7) s. jedoch auch das bad. GB. §. 111 und das thüring. Art. 25.

8) Hye S. 333 Note. Das Preuß. GB. §. 31 nimmt zwar den Begriff des beend. Versuchs an, aber nur in Beziehung auf mater. Verbrechen. A. M. Temme Gl. S. 97 (sehr bequem!). Nach Goldtammer u. Beseler wären freilich Versuche mit relativ untauglichen Mitteln resp. am rel. untauglichen Objekt strafbar, und fielen dann allerdings unter den beend. Versuch des §. 31. Anders verhält es sich nach dem Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 10. Dieses nimmt zwar den beend. Versuch gleichfalls auf, jedoch ohne ihn auf taugliche Versuchsakte zu beschränken. Alle gesetzlichen Bestimmungen über Grade und Tauglichkeit verwirft Mittermaier N. Arch. 1850. S. 114. 115. 120. 121.

Fortschritte der That zugleich stetig die Schuld. Denn obwohl auch im entfernten Versuche die darin geoffenbarte volle Absicht das wesentlich strafbare Moment bildet, so entwickelt sich doch erst mit dem Fortschreiten der Ausführung, der Wahl und Anwendung der Mittel, der Ueberwindung der Hindernisse für den Handelnden selbst die Intensität seines Willens und fordert stufenweise — zwar nicht neue Entschlüsse, wohl aber eine immer größere Vertiefung des ursprünglichen verbrecherischen Entschlusses, die sich in der fortschreitenden Bekämpfung der dem Handelnden in der Objektivität entgegentretenden sittlichen Mächte zeigt, während doch der Mensch auf jedem Punkte dieses Verlaufs die Möglichkeit der entgegengesetzten Selbstbestimmung behält. — Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß ein objektiv ganz untauglicher Versuch stets einen geringeren Schuldgrad bildet, als ein an sich tauglicher. Obgleich nämlich auch eine an sich taugliche Versuchshandlung im konkreten Falle sich stets als eine unzulängliche erweist, sofern der Thäter in den Naturkausalismus auf irgendwie mangelhafte Weise eingegriffen hat, so ist jenes doch in weit höherem Grade bei den untauglichen Versuchshandlungen der Fall. Denn, wenn nach dem Vorigen der Schuldgrad des Versuchs im einzelnen Falle sich nach seinem Abstand von der Vollendung bestimmt, so tritt eben bei den untauglichen Versuchsakten ein andrer lezter Punkt an's Ende der Reihe, als bei den tauglichen, nämlich nicht das vollendete Verbrechen, wozu es bei jenen gar nicht kommen kann, sondern nur der beendigte Versuch. Auch hier hat aber die objektive Erscheinung ihren subjektiven Grund darin, daß ein Wille, dem sein Wissen nicht adäquat ist, mindere Intensität hat, als ein solcher, dem es adäquat ist. N. Rev. §. 122. 124.

1) Die absolute Strafbarkeit des Versuchs liegt einfach darin, daß im Versuch der verbrecherische Wille bereits, wenn auch nicht in seinem ganzen Gehalt, objektivirt, der Versuch mithin bereits verbrecherische **Handlung** ist. Es braucht daher auch keines besondern Strafgesetzes, um diese Strafbarkeit auszusprechen [1]). Daß auch im Versuch weder **bloß** der Wille, noch **bloß** die That das strafbare Moment ausmache, ist allgemein anerkannt. Das überwiegende Moment ist aber der Wille [2]), wie sich aus dem Begriff des Versuchs ergiebt (§. 81.), und zwar eben nur der Wille, weil er eine prinzipielle Verletzung des Rechts beabsichtigt, nicht weil er gefährlich, gemeingefährlich u. dgl. erschiene [3]). Der Versuch

---

1) Mittermaier N. Arch. I. 169. Bauer Lb. §. 70. Lelièvre p. 269. 271. 456. A. M. Hepp Versuche S. 283. 284. Zachariä I. §. 50. Bauer Abh. I. 344 (!). Otto S. 65—70. s. aber auch Luden Hdb. I. 364. 365. n. 1—3.

2) Schröter §. 79. Wächter I. S. 138. n. c. A. M. Feuerbach §. 42. n. 3. s. dag. auch Cropp I. 17—19. Lelièvre p. 256 sq.

3) so nach den meisten relativen Theorieen, was Hepp S. 287 f. und Zachariä I. §. 52 tadeln, ohne zu bemerken, daß sie selbst es nicht besser machen. Denn,

ist daher auch keineswegs bloß unter die Polizeivergehen zu verweisen [1]). Ueber das positive Recht s. o. §. 81. Anm. 1. 2.

2) Was dagegen die relative Strafbarkeit des Versuchs betrifft, so liegt in der Behauptung, daß der Versuch dem vollendeten Verbrechen gleich gestraft werden müsse, entweder eine schlechthin unzulässige Verwechslung des moralischen Standpunkts mit dem rechtlichen [2]), oder des rechtlichen mit dem polizeilichen [3]). In Deutschland ist die Ansicht von der geringeren Strafbarkeit des Versuchs, mindestens des nicht beendigten, von jeher fast allgemein anerkannt worden [4]), wenn auch zum Theil aus nicht richtigen Gründen. Stichhaltig sind nur die im §. angegebenen: a) Die Unvollkommenheit auf der Thatseite [5]). Dabei ist es jedoch falsch, wenn behauptet wird, die Thatseite sei zuerst zu beachten und nur folgeweise die Willensseite [6]), — oder wenn man sich nur überhaupt auf den Mangel am Thatbestand beruft [7]), — oder wenn man die geringere Gefährlichkeit, den geringeren intellektuellen Schaden zur Hauptsache macht [8]); — oder sich bloß darauf beruft, daß die Gesetze, in denen Strafe und Schadensersatz nicht auseinandergehalten werden können, nun einmal zur ordentlichen Strafe die Vollendung verlangen [9]). Das angegebene Moment ist insbesondere allein entscheidend [10]) in Beziehung auf den beendigten Versuch (im gewöhnlichen Sinn), für dessen gleiche Bestrafung mit dem vollendeten Verbrechen sich eine große Anzahl von Rechtsgelehrten ausgesprochen hat [11]). Freilich werden aber auch hier

---

wenn die Gemeingefährlichkeit der wesentliche Grund der Strafbarkeit sein soll, so fehlt es an allem Grunde, den Versuch geringer als die Vollendung zu strafen, was doch jene beiden wollen.

1) so Martin §. 49 a. E. Auch Feuerbach sollte diese Konsequenz ziehen, s. Stübel Thatbest. §. 10, überhaupt aber alle, welche den Versuch nur als gefährliche (od. gemeingefährliche) Handlung aufzufassen wissen, mithin auch Zachariä (I. 89. n. 1). s. auch Cucumus N. Arch. X. 205 f.

2) s. z. Treilhard b. Hélie II. 10. Schröter S. 123. 124. n. 2. Luden Abh. I. 45 f. 511. s. dag. Wirth Ethik I. 139. Anm. Feuerbach §. 111. n. 1.

3) s. z. B. Filangieri IV. c. 1. Cropp p. 13 sq. (vgl. jedoch Lelièvre p. 290 sq.). Rauter Traité I. 105. 107—109.

4) Dies zeigt sich auch noch in dem französisirenden preuß. GB. §. 32. s. übr. gegen den Satz des Code pén. auch Legraverend traité de legisl. crim. I. c. 2. Carnot Comment. I. 6 sq. Hélie II. 17 sq. Rossi II. c. 31.

5) Kleinschrod I. §. 37—40. Luden Hdb. I. 379—381. Bauer Abh. I. 365. s. auch Carmigniani teoria II. c. 16. de Jonge II. 304. 311 (freilich wird hier meist die Gefährdung der Rechtsordnung u. dgl. eingemischt). s. dag. N. Rev. §. 122 i. A. S. 434.

6) Zachariä II. 53 f.

7) Wintgens p. 98 sq. (doch nicht ausschließlich. vgl. p. 90—96). Brouwer p. 35. 36.

8) Mittermaier N. Arch. X. 541. 548. Lelièvre p. 290 sq. de Jonge II. 309. Carmigniani teoria II. c. 14—16. Hepp Vers. S. 285. vgl. schon Hugo Grot. II. c. 20. §. 30.

9) so Henke I. 535 in Bez. auf den beend. Versuch u. Zachariä II. 67. 68.

10) Weber N. Arch. IV. 42—46. Zachariä II. 69—73. de Jonge II. 324 sq.

11) Pufendorf de j. nat. IV. c. 3. §. 18. Filangieri l. c. Simoni I. p. 178 sq. Cremani I. c. 5. §. 5. Romagnosi §. 765. Grolman §. 89. Tittmann I. §. 98. Oersted Grundreg. S. 163 f. vgl. Meister Urth. und Gutachten S. 419 f. Lelièvre p. 351 sq. Wintgens p. 101 sq.

zum Theil unstichhaltige Gründe (natürliches Gefühl, Volksstimme, Zweckmäßigkeit ꝛc.) für die richtige Ansicht beigebracht [1]). Faßt man indessen den Begriff des beendigten Versuchs in der o. a. Weise richtiger, so giebt es allerdings auch Fälle, in welchen derselbe schon von subjektiver Seite aus minder strafbar erscheint [2]). b) die mit dem Fortschreiten der Ausführung sich steigernde Intensität des verbrecherischen Willens [3]). Ueber die Entwicklung im positiven Recht und in der Doktrin von der Glosse an s. §. 81. Anm. 1. 2. [4]).

3) Hinsichtlich des Maßes für die relative Strafbarkeit des Versuchs läßt sich im Allgemeinen nicht mehr feststellen, als der Satz, daß der Versuch um so strafbarer wird, je mehr er der Vollendung sich nähert. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ist auch fast allgemein anerkannt [5]). Daraus ergiebt sich denn von selbst, daß der beendigte taugliche Versuch stets strafbarer ist, als der nicht beendigte taugliche, daß es aber nicht zulässig ist, hier mit abstrakten Strafgradationen durchzugreifen [6]). Zugleich ist aus dem im §. angegebenen Grund der untaugliche Versuch als weit minder strafbar anzusehen, als der taugliche [7]).

4) Während die P.G.O. durch ihre sehr allgemein lautenden Worte [8]) die Bestimmung des Strafmaßes ganz in das richterliche Ermessen stellte, gaben bereits ältere Partikulargesetzgebungen genauere Bestimmungen, jedoch ohne die Prätension, mehr als die allgemeinsten Anhaltspunkte geben zu wollen [9]). Auch das preuß. ALR. begnügt sich noch für den beend. Versuch die nächste Strafe

---

Brouwer p. 32—35. Rossi II. c. 33. Hélie II. 27—32. s. dag. schon Thomasius (§. 81) cit. Kleinschrod a. a. O. Klein Grunds. §. 147. u. A.

1) Lelièvre p. 361. Rossi l. c. Beccaria §. 24. Zachariä II. 73—75. de Jonge II. 329. 330.

2) Hélie II. 31. 32. Berner Theiln. S. 145.

3) Wirth Ethik I. 136—139. N. Rev. S. 402—406. de Jonge II. 306. Marezoll S. 184. n. 2. Heffter §. 99. s. auch Zachariä II. 56. 81. Bauer Abh. I. 366. Allerlei andere Gründe s. b. Beccaria l. c. Lelièvre p. 316—321. Rossi II. c. 31. Hélie II. 19. 20. Anm. z. bair. GB. I. 175 f. Meister Urth. und Gutachten S. 412 f. Weber N. Arch. IV. 46. 47. Zachariä II. 60—64. Carnot. Comm. I. 6—13. de Jonge II. 312—314. Hurlebusch Beitr. H. 1. S. 72 f.

4) vgl. Zachariä II. 88—229, dessen historisches Gesammtresultat freilich nicht genügend ist. — N. Rev. S. 409. 410.

5) A. M. theils nach der Natur der Sache, theils nach der P.G.O. und den ital. Praktikern ist Luden Abh. I. 48. 49. 423—425. 510—514. Hdb. I. S. 412. vgl. Pfotenhauer S. 175. 176. s. dag. Zachariä II. 160—166 u. (bestimmter) N. Rev. S. 412—414. Heuser II. 269. Hamb. Entw. 1848. (art. 27).

6) Ueber Maxima, Minima u. dgl., zugleich über allerlei, zum Theil dem Begriff des Versuchs selbst ganz fremde Momente, behufs der Strafausmessung s. Bauer Anm. I. 393—414. Abh. I. 364—371. vgl. Zachariä I. 75—87. und Feuerbach Kritik I. 120—124. Otto S. 64. Ob ein Versuch durch Unterlassen minder strafbar sei, ist bestritten; s. Bauer Abh. I. 371. Lelièvre p. 390—392. Zachariä II. 83—85.

7) vgl. Pott, Alers b. Zach. II. 160. Not. citt. Stelzer Krit. d. Egger'schen Entw. S. 164. Escher vier Abh. S. 167. Bauer Anm. I. 411—414. N. Rev. S. 430—434.

8) s. auch preuß. LR. 1620. Tit. V. Art. 1. §. 14.

9) L.G.O. f. Oestr. u. d. Ens 1678 (beend., nicht beend., tauglicher, untaugl. Versuch ꝛc.) II. Art. 62. §. 12. Art. 65. §. 7. Art. 67. 70. §. 8. Art. 71. §. 4. Art. 72. §. 7. — Theresiana Art. 13. §. 7. C. Max. I. 12. §. 3 (von Zach. §. 236 ganz übersehen). Hier sind sogar die del. atrocissima nicht ausgenommen.

nach der poena ord., für den nächsten die nächste nach der des beend. anzuordnen, und für den entfernten Versuch die Anm. 3 angef. Regel aufzustellen[1]). Das östr. GB. bleibt sogar bloß ganz allgemein bei dieser Regel stehen[2]). Den schroffsten Gegensatz hiezu bildet das bairische Art. 60. 62., welches gerade hier seiner Sucht, Alles normiren zu wollen, auf die verderblichste Weise gehuldigt hat[3]). Dagegen begnügt sich das sächs. GB. Art. 26. damit, eine verhältnißmäßig geringere Strafe (mit Maximum) vorzuschreiben[4]). Das wirtemb. Art. 64 f. setzt Minima für die Strafen des beend. und des nicht beend. Versuchs fest[5]). Das hannövrische (Art. 36—38) umgekehrt Maxima (und nur indirekt auch Minima)[6]). Das braunschweigische §. 36 dagegen wieder nur Minima, außer bei den mit Gefängniß bedrohten Delikten (hier ein Maximum). Das hessische setzt durchgängig Maxima, theilweise auch Minima fest, und zwar nicht je besonders für den beend. oder nicht beend. Versuch; nur in der Regel soll den ersteren die härteste Strafe treffen[7]). Das bad. setzt für den beend. Versuch Minima, für den nicht beend. Maxima fest[8]). Das thüring. Art. 24, S. 1. 2. drückt sich wie das sächs. aus, ohne beend. u. nicht beend. Versuch zu sondern, setzt aber nicht Maxima, sondern Minima fest. — Dabei unterscheiden sich diese Gesetzgebungen insofern, als die einen die Strafe des Versuchs nach derjenigen bemessen, welche das vollendete Verbrechen in concreto getroffen haben würde[9]); die andern nach derjenigen, welche auf dem vollendeten Verbrechen in abstr. steht[10]). — In einigen ist noch besonders der Fall vorgesehen, wenn das Gesetz die Strafe des vollendeten Verbrechens nach der Größe der dadurch bewirkten Verletzung od. Beschädigung bestimmt hat, dem Thäter aber eine bestimmte Absicht sich nicht nachweisen läßt; es soll dann nach dem bad. GB. die niedrigste Stufe des Delikts für die Strafausmessung zu Grunde gelegt werden[11]) (sc. die nach der Handlungsweise des Thäters und den Umständen des konkreten Falls geringsten Falls zur Vollen-

---

1) welche hiernach für die höheren Stufen nicht gegeben ist (!). Ueber Anomalieen bei einzelnen besonderen Verbrechen s. Zachariä II. §. 238.

2) vgl. Hye S. 298—301. 333. 334. Zachariä II. 239. Breidenbach I. 2. S. 179. n. 2.

3) vgl. Arnold im N. Arch. 1843. S. 514. 515. Zachariä II. §. 240.

4) Nicht gerecht sind die Vorwürfe von Zachariä II. §. 241 (soweit sie hierher gehören), da die in Anm. 3 angef. Regel sich wohl von selbst versteht. Dagegen sind in der Praxis andere Mißstände aufgetaucht. s. Jahrb. 1840. S. 116. 117. 230 f. Hartitzsch S. 59. 60.

5) Fällt weg nach Art. 10. d. Ges. 13. Aug., der nur die Regel in Anm. 3 aufstellt.

6) Ueber die mancherlei Lücken und Mißstände des GBs. s. Leonhardt S. 178—187.

7) sehr wichtig wegen der dadurch gegebenen Möglichkeit, die untaugl. Versuche richtig zu bestrafen. Breidenbach I. 2. S. 184. n. 1. u. überhaupt S. 177—189.

8) (s. jedoch Ausnahmsbestimmungen in §. 115. 116.) Ebenso der sächs. Entw. Art. 39 und der kurhess. §. 98—100.

9) das sächs., wirtemb., hannövr., bad., thüringische, der kurhess. Entw.

10) Das bair., braunschw. u. relativ das hessische (Breidenbach I. 2. S. 180—184). s. auch überhaupt das Erachten für Mecklenb. 1. S. 129.

11) §. 113. ebenso das braunschw. §. 39, der hamb. Entw. 1848. Art. 30., der bair. Entw. Art. 40. Mit Durchschnittsbestimmungen behilft sich der sächs. Entw. Art. 171. 304. vgl. 48.

bung kommen konnte) [1]; andre Gesetzgebungen setzen eine Durchschnittsstrafe fest [2]; wieder andre sehen auf den Schaden, der im konkreten Falle wahrscheinlich eingetreten sein würde [3]. Die erstangef. Bestimmung ist die richtige [4]. — Von allen neueren und älteren deutschen Gesetzgebungen weicht das preuß. GB. §. 32. 33 ab, sofern es den Versuch in der Strafe der Vollendung zwar nicht ganz, aber doch insoweit gleichstellt, daß die Art und das Minimum der auf die Vollendung gesetzten Strafe nicht verlassen werden darf [5]. — Der in der Doktrin ehemals herkömmlichen, jetzt aber sogut als verschollenen [6] Auffassung des Versuchs als eines Strafmilderungsgrunds huldigt allein noch das östr. GB.

5) Von denjenigen neueren Gesetzgebungen, welche überhaupt die untauglichen Versuchshandlungen mit Strafe bedrohen, setzt allein das bairische [7] für diese keine geringere Strafe fest. Dagegen thun dies die übrigen, freilich zum Theil in sehr verschiedener Weise. Nur indirekt erscheinen sie als minder strafbar im hessischen [8] GB. Das sächs. u. thüring. GB. behandeln den Versuch am untaugl. Objekt besonders und setzen eigene (geringe) Strafen darauf [9]. Was die untauglichen Mittel betrifft, so unterscheiden beide die absolut und die bloß relativ untauglichen und erklären den Versuch mit ersteren für weniger strafbar, als den mit letzteren [10]. Ebenso das wirt. GB., nur daß es den Irrwahn nicht speziell erwähnte, übrigens auf den Versuch am untauglichen Objekte ganz dieselben Grundsätze anwandte [11]. Dagegen sind im hannövr. u. braunschw. GB. die absolut untauglichen Mittel (abgesehen vom Fall des Irrwahns) den relativ untauglichen gleichgestellt, im letzteren auch der Fall des Versuchs am untaugl. Objekt, welchen das hannövr. ganz übergeht. Uebrigens erklärt das hannövr. ausdrücklich, daß Versuch mit ganz untauglichen Mitteln in

---

1) Hufnagel I. 137. 138. vgl. Breidenbach I. 2. S. 187—189, der aber beim Diebstahl zum Theil willkührliche Behauptungen aufstellt. (Ebenso Weiß S. 145. s. aber auch S. 583. Schaffrath S. 517.)

2) Wirt. GB. Art. 67 (cessirt). s. aber Hufnagel II. 894. 895. Thüring. GB. Art. 24, 4.

3) Hannövr. GB. Art. 302 (beim Diebstahl), s. dag. Leonhardt S. 181.

4) vgl. Luden Hdb. I. 383—386, wo aber das Prinzip irrig ist und die Fälle des qualifizirten Versuchs ebenso verwirrend eingemischt als unrichtig entschieden sind.

5) außer bei Todesstrafe u. lebenslänglichem Zuchthaus. Beseler S. 146—149. Dieser Strenge nähert sich das östr. GB., macht jedoch mehrfache Ausnahmen (Hye S. 298); desgl. das wirt. GB. 13. Aug. 1849. Art. 10, das aber den Richter ganz allgemein ermächtigt, unter das Minimum und die Art der auf das vollendete Verbrechen gesetzten Strafe herabzugehen. Hiemit stimmt der bair. Entw. Art. 39 überein. Ganz richtig ist die Bestimmung, daß bei der Herabsetzung der Strafe die Ehrenfolgen nicht wegfallen sollen. s. auch Erachten f. Mecklenb. 1. S. 130.

6) s. übrigens noch Wächter I. §. 116. n. 68. und Martin §. 56. n. 5.

7) Ueber die Praxis s. Arnold im N. Arch. 1843. S. 514. n. 2. 3.

8) arg. Art. 119. vgl. Breidenbach I. 2. S. 173. 184. n. 1. Das hess. GB. stellt wie das bair., in abstr. taugliche, relativ und absol. untaugliche Mittel, taugliche und untaugl. Objekte gleich.

9) Sächs. GB. Art. 27. Thüring. Art. 25.

10) Ausdrücklich thut dies das thüring. Art. 24, 3 (wo ein Maximum bestimmt ist); indirekt das sächs. arg. Art. 26, letzter Satz. vgl n. 3. 4. (wird von Manchen übersehen, z. B. von Luden, Breidenbach rc.) vgl. den hamb. Entw. 1848. Art. 29. (1849. Art. 28).

11) vgl. Hufn. III. 641. Die eigenthümlichen Strafgradationen des Art. 72 fallen jetzt weg.

der Strafe niedriger gehalten werden soll. Außerdem unterscheidet es sich vom braunschw. noch dadurch, daß nach ihm, wie nach dem bair., wirtemb., hessischen GB. auch ein beend. Versuch mit untauglichen Mitteln angenommen werden kann [1]), wogegen das braunschw. u. badische GB. den untauglichen Versuch stets als nichtbeendigten ansehen od. mindestens nur als solchen strafen [2]). Uebrigens erwähnt das bad. GB. der bloß relativ untauglichen Mittel nicht; es beschränkt seine Strafbestimmungen in §. 110. 111 auf schwerere Verbrechen, fordert beim Versuch am untaugl. Objekt beendigten Versuch (im gewöhnlichen Sinn) und erstreckt die betr. Bestimmung auch auf den Fall des error in obj. und der aberratio ictus.

C) Die Vollendung.

§. 87.

Schon beim Versuch behält die Thatseite, obwohl durch das Willensmoment überwogen, eine eigenthümliche Bedeutung, die sich in dem Verhalten des Willens offenbart, sofern nämlich dieser als die auf den vollen objektiven Thatbestand einer verbrecherischen Handlung gerichtete Absicht sich bestimmen muß, und sofern die Schuld im Versuche eben nur nach dem Fortschritte der äußeren Thätigkeit zu der objektiven Existenz des Verbrechens sich messen läßt. Indem nun diese wirklich eintritt, so erreicht in ihr ebenso die Absicht ihr objektives Ziel, wie sich die That nun als das erfüllte Maß des Willens darstellt. In der Vollendung stellt sich mithin das im Versuche gebrochene Ebenmaß der beiden Seiten der Handlung ebenso wieder her, wie im Begriffe der Absicht das in der culpa gebrochene (§. 69. 70. 73. 79); sie bildet daher auf der objektiven Seite die höchste Schuldform, wie die Absicht auf der subjektiven. N. Rev. §. 125—127.

1) Der herkömmliche und sehr beliebte [3]) Unterschied zwischen materialen und formalen Verbrechen hätte nur dann praktische Bedeutung, wenn es wahr wäre, daß nur erstere einen beendigten Versuch zuließen; s. dagegen §. 86 [4]). — Vollendet ist ein Verbrechen jedesmal dann, wenn das den Gegenstand desselben bildende Recht als Recht wirklich verletzt erscheint [5]). Wenn die neueren Gesetze in der Regel Vollendung dann annehmen, wenn sich bei der That alle nach dem Gesetz zum Begriff des Verbrechens gehörigen Merkmale vereinigt finden [6]), so ist

1) Art. 33 j. 40. A. M. Leonhard S. 167.

2) Bad. GB. §. 110. 111. j. 107. Ebenso sächs. Entw. Art. 40. 41.

3) s. auch wieder Baumeister Bemerk. H. 1. S. 7 ff.

4) N. Rev. S. 437—439. vgl. Luden Hdb. I. 366. n. 5. Breidenbach I. 2. S. 107. 109. Leonhardt S. 155. 156.

5) Luden S. 365. n. 4 erklärt dies für falsch, aber nur deßhalb, weil er sich unter dem Recht, um das es sich handelt, nur entweder das Gesetz oder das betr. Gut der verletzten Person vorzustellen vermag, wovon natürlich nicht die Rede ist. Das Nähere s. im bes. Theil.

6) s. z. B. Bair. GB. Art. 37. Wirt. Art. 61. Hannöv. Art. 32. Hess. Art. 63. Bad. §. 105. Thüring. Art. 22.

dies insofern ungenau, als dies auch auf kulpose Verbrechen paßt [1]), nicht aber deswegen unrichtig, weil der Begriff der Vollendung mit dem des Thatbestands verwechselt und folgeweise Versuch und Mangel am Thatbestand identifizirt würden [2]). Denn offenbar kann ja ein Verbrechen nicht vollendet werden, wenn es auch nur an einem den Gegenstand rc. betr. Moment des Thatbestands fehlt. Weit bedenklicher ist der Umstand, daß die neueren Gesetzgebungen so vielfach ein vollendetes Verbrechen annehmen, wo nach der Natur der Sache bloß Versuch vorliegt [3]). —

2) Auf alle dolosen Verbrechen sind die Begriffe der Vollendung und des Versuchs anwendbar. Denn alle sind Handlungen, die in den Verlauf der Zeit fallen und ein Fortschreiten der äußeren Thätigkeit bis zu einem gewissen Punkte fordern; zugleich sind sie als Handlungen dem Naturkausalismus unterworfen, vermöge dessen der Thäter über die äußeren Umstände und Bedingungen seines Handelns nicht vollständig Herr und daher der Möglichkeit ausgesetzt ist, trotz der Absicht der Vollendung es doch nur bis zum Versuche zu bringen [4]). — Als Handlungen, bei denen das Gegentheil stattfinde, sind (außer den im Affekte begangenen Verbrechen [5]) bezeichnet worden: die Kinderaussetzung, die Unterschlagung, die Exzesse in Ausübung eines Rechts, der Hochverrath, die Majestätsbeleidigung und die Injurien [6]) (resp. die Blasphemie). Daß dies jedoch ohne Grund geschehe, ist, abgesehen von den Injurien, schon von Andern hinreichend gezeigt worden [7]), nur daß dabei in der Regel von den vorhin angef. Gründen nur der erste geltend gemacht, nicht aber auch der zweite berücksichtigt wird, so daß wesentlich nur die sogen. materiellen Verbrechen in Betracht gezogen erscheinen. Was die Injurien betrifft, so wird zwar meist richtig anerkannt, daß die schriftlichen, symbolischen und Realinjurien einen Versuch allerdings zulassen [8]), und nur die Verbalinjurien werden ausgenommen. Allein mit Unrecht, da auch hier zum Mindesten ein Versuch am untauglichen Objekt oder mit untauglichem Mittel vorkommen kann, aber auch ein tauglicher, durch Unterbrechung in der Handlung (na-

---

1) s. die braunschw. Mot. zu §. 35, welche Breidenbach I. 2. S. 111 Not. ganz mit Unrecht tadelt. vgl. Preuß. LR. §. 39.

2) vgl. Mittermaier N. Arch. I. 166. Zachariä I. §. 18. Bauer Anm. I. 364—370. Abh. I. 309—311.

3) Deshalb ist ihnen auch die ob. angef. Eintheilung so sehr gelegen. Bair. GB. Art. 38. Wirt., Hann., Hess., Bad., Thüring. a. a. O. und Sächs. Art. 25. Braunschw. §. 35. Sächs. Entw. Art. 35. s. dag. Mittermaier Fortbildung II. 28. 29.

4) N. Rev. S. 439—442.

5) s. darüber ob. §. 82. Anm. 2 und N. Rev. S. 349—352.

6) Mittermaier im N. Arch. IV. 17 f. vgl. Martin §. 49. n. 2, der den Art. 128 der P.G.O. hierherzieht. s. aber auch Cropp S. I. 50 sq. Noch viel weiter geht Brackenhöft S. 74—81. 91 f. 241 f. in wunderlich verworrener Ausführung neben manchen sehr treffenden Bemerkungen im Einzelnen.

7) Hepp Versuche S. 293 f. Zachariä I. §. 33. 43—46. Bauer Abh. I. 338—340. Breidenbach I. 2. S. 125—128. Otto S. 40—42. Die Ausnahmen, die dieser S. 35—40 macht, sind theils keine (die kulposen Delikte), theils beruhen sie nicht auf dem Begriff der betr. Verbrechen, sondern nur auf der Unsitte der neueren Gesetzgebung, die Anm. 1 a. E. erwähnt ist.

8) s. z. B. Zachariä I. §. 47. Bauer Abh. I. 338. 339. A. M. Hepp im N. Arch. 1836. S. 66—68. Breidenbach S. 128. Brackenhöft S. 241 f.

mentlich bei fortgesetzter Injurie) entstandener [1]). — Werden die eigentlichen Unterlassungsvergehen von den nur mit Unrecht sogenannten (§. 80. Anm. 1.) gehörig gesondert, so stellen sie sich allerdings als solche dar, die einen Versuch nicht zulassen, zugleich aber auch als solche, die überall nicht in die Sphäre des Strafrechts, sondern in die der Polizei gehören [2]). — Daß endlich auch bei solchen Vergehen, welche bloß auf Klage des Beschädigten (Bedrohten) bestraft werden sollen, die Annahme eines strafbaren Versuchs nicht ausgeschlossen sei, ist nicht zu bezweifeln [3]).

§. 88.

Sowie dolus und culpa selbst in Einer Handlung zusammentreffen können, ohne daß dadurch ein besondrer Schuldgrad gebildet wird (§. 76), so ist auch die ideale Konkurrenz eines versuchten mit einem vollendeten dolosen Verbrechen möglich, ohne daß damit ein besondrer Schuldgrad gegeben wäre. Uebrigens ist in diesem Fall (dem des sog. qualifizirten Versuchs) nothwendige Voraussetzung, daß nicht die zur Existenz gekommene Handlung wesentlicher Theil des Thatbestandes des versuchten Verbrechens sei, welchenfalls nur einfach Versuch vorliegt. N. Rev. §. 128.

1) Daß der Ausdruck: qualifizirter Versuch unpassend sei, ist mehrfach mit Recht bemerkt worden [4]). Ebenso auch dies, daß hier nicht selten viele Fälle eingemischt werden, die gar nicht hierher gehören, wodurch man sich jedoch nicht hat abhalten lassen, diesen Fehler selbst zu begehen [5]).

2) Insbesondre ist daher nicht bloß die Konkurrenz mehrerer Versuche, mehrerer vollendeter Verbrechen, mehrerer Erschwerungsgründe bei Einem Verbrechen, sowie die materielle Konkurrenz hier bei Seite zu lassen, da diese Fälle überall nichts Besondres haben, sondern ebenso auch die Konkurrenz eines Versuchs mit einem kulposen Erfolg, welche unter §. 75. 76. ihre Stelle findet. Vielmehr gehört hierher bloß der qualifizirte Versuch, bei welchem eben vornämlich nur das im §. Angegebene zu beachten ist. Dies ist denn auch nicht bezweifelt [6]). Dagegen ist ein bestimmter Fall bestritten, — nämlich ein bloß zu Verwundung (Körperverletzung) gediehener Tödtungsversuch. Hier nehmen einige qualifizirten Versuch an [7]) während andre mit Recht sich mit versuchter Tödtung

---

1) Dies ist hinsichtlich der Nothwehr praktisch wichtig. N. Rev S. 442. Otto S. 40. 41.

2) Ungenau sind Hepp im N. Arch. 1836. S. 32—35. Zachariä I. §. 42. Breidenbach S. 123. s. dag. Bauer Abh. I. 338. Leonhardt I. 164. N. Rev. S. 441. Brackenhöft S. 85. 89. not. 10. Menzel in der Zeitschr. der Jurist. III. 106. 108. Goldtammer I. 275. 276.

3) Breidenbach S. 124. Hufnagel III. 640. Goldtammer I. 276. Temme Gl. S. 97.

4) Hepp Versuche S. 366. Zachariä I. §. 140. Bauer Abh. I. 396.

5) Bauer a. a. O. S. 391 f. Zachariä I. §. 139 ff. Luden Hdb. I. 412 ff.

6) Oft wird es freilich ganz ignorirt. s. z. B. Henke I. §. 41. n. 3. Grolman §. 31 b. Wächter §. 85. Jarcke I. 220. ebenso noch bei Heffter, Marezoll, Mittermaier.

7) s. bes. Bauer Abh. I. 397—399. Abegg §. 97. vgl. bair. Strafgerichte I. 123. s. dag. II. 259—262.

begnügen [1]). In der That sind die Gegengründe (s. Bauer) ganz unstichhaltig. Denn der angef. Fall einer direkt beabsichtigten Körperverletzung neben bloß eventuell beabsichtigter Tödtung ist offenbar ein ganz andrer. Daß ferner die Körperverletzung durch Verwundung nicht in abstracto wesentlicher Theil des Thatbestands der Tödtung sei, ist richtig; ebenso gewiß aber, daß sie es im fraglichen Falle in concreto ist. Die Berufung auf die P.G.O. Art. 130. beruht auf einem Mißverständnisse dieses Artikels. Der einzige scheinbare Grund ist der von der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs hergenommene [2]). Aber auch dieser ist nur scheinbar, da der von der völligen Tödtung des von ihm Verwundeten noch freiwillig Abstehende eben damit, daß er den Versuch der Tödtung aufgiebt, das bereits dolos Hervorgebrachte offenbar als seine That auf sich nimmt und nehmen muß, da er es ja (als Mittel der Tödtung) gewollt hat [3]). — Andere Fragen, die hier herein gezogen zu werden pflegen, reduziren sich auf die §. 84. Anm. 2. erörterte über den Anfangspunkt des strafbaren Versuchs. — Nur Ein Fall ist noch besonders hervorzuheben. Nicht selten unterscheidet das Gesetz verschiedene Grade (oder Arten) desselben Verbrechens in der Strafbarkeit. Hier kann sich fragen, ob, wenn der Thäter eine höhere Stufe des Verbrechens realisiren wollte, aber nur eine geringere realisirte, ein qualifizirter Versuch oder ob bloß einfach das geringere Verbrechen als vollendet angenommen werden soll? Mehrfach wird letzteres behauptet, und zwar ohne Unterschied, ob der Thäter eine unbestimmte oder bestimmte Absicht hatte, ob er sich in faktischem Irrthum befand oder nicht [4]). Allein mit Unrecht. Wenn behauptet wird, es komme hier darauf an, ob das Gesetz die Grade nach objektiven oder subjektiven Rücksichten abgestuft habe, so sollte man doch wohl im letztern Falle es als selbstverständlich betrachten, daß auf die Absicht Rücksicht genommen werden müsse; geschieht dies nicht [5]), so liegt die offenbarste contradictio in adj. vor. Wenn es ferner im ersteren geläugnet wird, so wird implicite behauptet, daß der Thäter wegen des hervorgebrachten Mehr auch dann bestraft werden müsse, wenn es ohne seine Absicht hervorgebracht worden sei [6]). Es ist aber überhaupt eine willkührliche und verkehrte Behautung, daß das Gesetz irgendwo bloß nach objektiven Rücksichten die Strafbarkeit abstufe [7]). Vielmehr muß vor Allem unterschieden werden, ob

---

1) Hepp Versuche S. 365 f. Zachariä I. §. 140. Luden a. a. O. Wenn dieser n. 3 sagt, in der N. Rev. sei der Satz nur in Beziehung auf Konkurrenz von dolus und culpa ausgesprochen, so ist dies unrichtig. s. S. 444 und §. 124.

2) Hievon hat sich Luden Hdb. I. 422. n. 11 bestechen lassen, und daher einen scharfsinnigen, aber unnöthigen Ausweg gesucht.

3) Unbegreiflich ist, wie Luden dies in Abrede ziehen kann. s. übrigens Hess. GB. Art. 70. Breidenbach I, 2. S. 210. 211. Mittermaier im N. Arch. IV. 10. 11. Die falsche Ansicht s. im hannövr. GB. Art. 241. vgl. Erachten f. Mecklenb. 1. S. 128.

4) Mittermaier im N. Arch. IV. 11. — Zachariä I. §. 144. Luden Hdb. I. 383—386. Pfotenhauer Einfluß d. Irrth. bei versuchten Verbrechen. S. 102. 103.

5) so bei Zachariä, dem Luden n. 5. gerade die entgegengesetzte Ansicht zuschreibt.

6) Bei dolosen Verbrechen läugnet es freilich Zachariä ebenso richtig als inkonsequent.

7) Dies macht auch Luden n. 5. gegen Zachariä u. A. geltend, während er doch im Texte wesentlich dasselbe behauptet. Neuere Gesetzgebungen stellen freilich den gedachten falschen Satz auf. s. z. B. Hannövr. GB. Art. 43 (Leonhardt I. 219—221).

der Thäter in bestimmtem oder unbestimmtem dolus handelte [1]). Im letzteren Falle ist es allerdings richtig, daß nur der wirklich hervorgebrachte Grad des Verbrechens zu berücksichtigen ist. Im ersteren kommt es ferner wieder darauf an, ob der Thäter in faktischem Irrthum war oder nicht. War jenes der Fall, so kann dem Thäter, dessen Absicht auf das Geringere gerichtet war, das irrthümlich hervorgebrachte Mehr zwar möglichenfalls zur culpa, nie aber zum dolus zugerechnet werden [2]). Wenn aber die Absicht auf das Mehr gerichtet war und der Thäter dieses Mehr hervorzubringen glaubte, während er in der That nur das geringere Verbrechen hervorbrachte, so ist ein qualifizirter Versuch anzunehmen [3]). (s. §. 75. Anm. 1). Lief dagegen ein faktischer Irrthum nicht mitunter, nahm z. B. der Dieb, der weniger stehlen wollte, das Mehr wohlwissentlich mit, oder umgekehrt, so ist hier allerdings die erste Absicht als nuda cogitatio irrelevant und es kann nur das wirklich Ausgeführte in Betracht kommen [4]). — Ganz richtig werden diese Fälle in der wirtemb. u. sächsischen Praxis entschieden [5]); wogegen andre Gesetzgebungen im Fall des Diebstahls und ähnlicher Verbrechen die auf das Minder gerichtete Absicht des Thäters nicht oder wenigstens nicht gebührend berücksichtigen [6]). Eigens herausgehoben ist der Fall des qualif. Versuchs im hannövr. GB. Art. 39 [7]).

III. Das handelnde Subjekt.

§. 89.

Jede Handlung ist als solche nothwendig das Erzeugniß eines zurechnungsfähigen Subjekts, welches sie verantworten darf und muß (§. 40. 56). Dieses Kausalitätsverhältniß eines freien Subjekts zur Handlung drückt sich aus in dem Begriffe 1) der Urheberschaft, der auf alle bisher entwickelten Grade und Arten der Schuld seine Anwendung findet. Dagegen kann als Subjekt einer bestimmten Handlung Niemand angesehen werden, dessen Thätigkeit nicht irgendwie als ursächlich zur Hervorbringung der Handlung selbst

---

1) Luden freilich will von unbestimmtem dolus nichts wissen, und dies scheint die Quelle seiner unrichtigen Behauptungen zu sein.

2) Zachariä I. 277. Klien Rev. der Grundf. über d. Diebstahl S. 319. 333 f. Wächter §. 190. n. 65. d. A. M. Luden n. 4, der sich jedoch hier auf fast räthselhafte Weise selbst widerspricht. s. dag. auch Breidenbach I, 2. S. 102.

3) Luden meint, dies sei noch Niemand eingefallen. s. aber z. B. Bauer Abh. I. 402.** N. Rev. S. 292. 445. Pfotenhauer de del. p. error. comm. p. 32. Heffter im N. Arch. XII. 281. Lb. §. 497. Tittmann §. 387.

4) N. Rev. S. 445. 446. (theils oberflächlich, theils unrichtig ist die Entscheidung bei Berner Theilnahme S. 356 Note).

5) Hufnagel II. 312—314. III. 393—395. 695. 696. StrafGB. mit Anm. S. 317. 318. Weiß S. 585. 586. N. Jahrb. f. sächs. Strafr. IV. 496.

6) s. z. B. Anm. z. bair. GB. II. 108. Hannövr. GB. Art. 44. 298. (Bauer Anm. I. 444).

7) freilich ohne Entscheidung der dabei vorkommenden zweifelhaften Fragen. Leonhardt I. 187—191.

mitwirkend erscheint, sondern derselben erst nachfolgt. Allein jenes Verhältniß erschöpft sich 2) in dem Begriffe der Urheberschaft nicht. Denn der Begriff der Handlung schließt eine Mehrheit zu ihrer Hervorbringung zusammenwirkender Subjekte nicht aus. Gemäß dem Charakter des Willens überhaupt nun, der ein Dreifaches: Bestimmen, Bestimmtwerden, und Einheit von beidem in der Selbstbestimmung enthält, ergeben sich als die Grundverhältnisse für die Herbeiführung einer Theilnahme Mehrerer an einer Handlung: a) daß ein Subjekt sich dazu bestimmt, die Handlung eines Andern bloß zu unterstützen, mithin ihm die Bestimmung zu überlassen und sich selbst relativ in das Verhältniß des Bestimmtseins zu setzen (Beihilfe), b) daß ein Subjekt sich bloß als Bestimmendes setzt, mithin behufs der Ausführung eines andern von ihm zu bestimmenden Individuums bedarf (intellektuelle Urheberschaft). In beiden Verhältnissen erscheint aber der Grundtypus des (freien) Willens, die Selbstbestimmung eben insofern als relativ gebrochen, als je das aktive und das passive Moment des Willens an die zusammenhandelnden Subjekte ungleich vertheilt sind. Daher müssen zusammenwirkende Subjekte nothwendig 3) eine der Freiheit völlig angemessene Form des Zusammenwirkens suchen, welche mittelst gegenseitiger Durchdringung der vorhin für sich herausgesetzten Momente in der Miturherschaft erreicht wird. N. Rev. §. 130 [1]).

1) Der hier im Wesentlichen beibehaltenen Darstellung der N. Rev. ist Unrichtigkeit im Prinzip und in der Ausführung vorgeworfen worden [2]), beides jedoch mit Unrecht. Das Prinzip soll falsch sein, weil ein Subjekt durch seine eigenen

---

1) Falckner de jure complicum. Jen. H. Cocceji de socio crim. 1701. Eisenhardt de vera crim. socii not. 1750. Westphal de consortibus et adjutor. crim. 1760. Graafland quaest. quaedam de soc. crim. 1785. Stübel Thatbestand §. 19—95. 117—165. Ders. Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen. Klein Grundsätze §. 138—141. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 177 f. Feuerbach Rev. II. 243 f. Kritik d. Kleinschr. Entw. II. 125 f. Lb. §. 44—53. Grolman §. 32—38. Salchow Darstellung I. §. 44—52. Schröter Hdb. §. 128 f. Oersted Grundr. §. 26—30. Tittmann N. Arch. II. 369 f. Mittermaier eb. III. 125 f. v. Schirach eb. III. 415 f. Borst eb. VII. 670 f. Martin Lb. §. 72 f. Henke Hdb. I. 265 f. 525 f. Wächter §. 87—91. Jarcke I. 221 f. Wolthers de auctoribus, sociis et fautorib. 1824. Eckelund de concursu ad del. 1824. Roßhirt Entwickl. S. 229 f. Abegg Lb. §. 72 ff. Bauer Lb. §. 73 f. Anm. II. 198 f. Abh. I. 411 f. Bisini in Wagners Zeitschr. 1833. S. 297 f. Ders. Beiträge nr. I. Reiner in Wagners Zeitschr. 1835. nr. 20. Tausch Rechtsfälle S. 121 f. Meyer Versuch einer Prüf. d. Lehre v. Thatbestand und Thäterschaft. 1836. Heffter Lb. §. 77 f. Marezoll Lb. S. 116 f. Niccolini della complicita 1837. Kitka üb. d. Zusammentreffen mehrerer Schuldigen. 1840. Rossi traité II. c. 34 sq. O. Müller de auctor. et ministr. crim. differ. 1842. Ziegler d. Theilnahme am Verbr. 1845. Hepp im N. Arch. 1846. S. 313 f. 1848. S. 262 f. Berner Lehre v. d. Theilnahme ꝛc. 1847. Bustelli sul conc. della solidarietà pen. 1844. Zachariä im N. Arch. 1850. S. 265 f. 1851 S. 209 f. Luden Hdb. I. 433 f.

2) Berner Theilnahme S. 29—33.

Metamorphosen alle Begriffe der Theilnahme realisiren müsse. Allein das Gesagte ist einfach nicht wahr, da im §. 130. für jeden, der nicht mißverstehen will, deutlich von dem Eintreten eines zweiten Subjekts die Rede ist. Uebrigens verhindert jener Tadel den Kritiker nicht, seinerseits aus zwei Stammsubjekten eine ganze Bande, einen „Staat im Staate" herauszueskamotiren. Was die Ausführung betrifft, so wird aus dem Folgenden die völlige Nichtigkeit jener gesuchten Polemik zur Genüge erhellen. Ueberhaupt aber hat der Kritiker offenbar den Nerv des Gegensatzes (der im §. noch deutlicher hervorgehoben ist) gar nicht verstanden.

2) Man spricht häufig von einem concursus necessarius, nämlich bei solchen Verbrechen, welche ihrer Natur nach gar nicht bloß von Einer Person, sondern nur von Mehreren begangen werden können, wie Duell, Incest, Ehebruch etc. [1]). Hier werden die Grundsätze über den concursus facultativus natürlich nicht angewendet, weil diese nur auf die Fälle sich beziehen können, wo ein verbrecherisches Handeln durch Zutritt von Theilnehmern ohne Noth verstärkt wird [2]). Eine Ausnahme scheint der Aufruhr u. dgl. zu machen, der doch auch eine Mehrheit Zusammenhandelnder nothwendig voraussetzt, gleichwohl aber die Anwendung des Komplottbegriffs nicht ausschließt. Der Grund ist jedoch, daß der Aufruhr in Wahrheit eben nichts andres ist, als eine im Komplott begangene Widersetzung gegen die Obrigkeit.

A) Urheberschaft und Begünstigung.

§. 90.

Zur Urheberschaft gehört 1) subjektiv, daß die Handlung unmittelbar oder mittelbar aus der freien Selbstbestimmung des Subjekts hervorgehe, und, wo es sich um dolus handelt, daß dasselbe die Absicht eben als die seinige verwirklichen wolle, 2) objektiv, daß das Resultat der Handlung im Willen des Subjekts sein bestimmendes Prinzip habe, d. h. daß die Kausalität des letztern nicht durch die einer dritten, von der Handlung unabhängigen Ursache ausgeschlossen sei. N. Rev. §. 131—133.

1) Das subjektive Moment der Urheberschaft wurde in der N. Rev. ungenau dahin angegeben, daß der Handelnde bei seiner Handlung sich selbst Zweck gewesen sein müsse. Indeß war das mögliche Mißverständniß durch die Ausführung in §. 113 hinlänglich beseitigt [3]). Denn natürlich kommt es hier, wie

1) s. z. B. Stübel Thatbest. §. 21. Martin §. 72. Henke I. 278. n. 23. Bauer Abh. I. 441. Hepp im N. Arch. 1846. S. 331—333.

2) Hierin liegt der Grund, nicht darin, weil bei jenen Verbrechen „das Objekt des Verbrechens mit der mithandelnden Person identisch" ist. (Berner S. 165. 166). s. auch Abegg S. 111. Heffter §. 77. Unklar ist Zachariä im N. Arch. 1850. S. 268. 269.

3) s. auch S. 471. n. 1. Daher konnte vernünftiger Weise der N. Rev. nicht „Irrthum und ein großer Fehler" vorgeworfen werden. vgl. Berner S. 171. 172. Hepp a. a. O. S. 340. 341. Luden Hdb. I. 350. n. 3. S. 436. n. 2 (der mit Unrecht ganz mit Berner übereinzustimmen glaubt).

überall im Strafrecht, nur auf die Absicht an. Allein dieses Moment kann sich auch bloß auf den dolosen Urheber beziehen [1]), während es für den kulposen an der einfachen Bestimmung genügt, daß die Handlung aus seiner freien Selbstbestimmung hervorgegangen sein müsse. — Gänzlich verkannt, ja absichtlich abgewiesen war das subjektive Moment in Stübels erster Ausführung, wo das Prinzip aufgestellt war, daß Urheber jeder sei, in welchem der Grund der Existenz eines Verbrechens liege [2]). Von dieser gänzlichen Abstraktion von der Subjektivität ist er jedoch in seiner späteren Schrift zurückgekommen, indem er zwar immer noch (für die Regel wenigstens) die Nothwendigkeit der Absicht läugnete, dagegen das Erforderniß der freien Selbstbestimmung anerkannte [3]). Der dolosen Urheberschaft ist er hiemit nicht gerecht geworden und die Ausführung über die Theilnahme ist eben deshalb mangelhaft geblieben. Allein es war ein ganz richtiger Takt, wenn sich Stübel hier namentlich mit durch die Rücksicht auf den kulposen Urheber leiten ließ [4]), wenngleich er weit über die erforderliche Rücksicht hinausgieng. — Neuerdings abstrahirt auch Luden [5]) von dem subjektiven Momente, jedoch in unklarer und widerspruchsvoller Weise, da er behauptet, das Wesen der Urheberschaft liege bloß in der objektiven Beschaffenheit der Handlung, gleichwohl aber wiederholt sagt, es handle sich um den Kausalzusammenhang der Handlung mit der gewollten verbotenen Einwirkung auf die Außenwelt.

2) Das objektive Moment ist im §. so bestimmt, daß auch die Urheberschaft des Versuchs darunter fällt [6]). Nur macht die Bestimmung desselben hier keine Schwierigkeiten, wie sie da eintreten, wo der Abschluß einer Handlung in einem Erfolge in Frage steht. In dieser Beziehung war die Kritik Stübels [7]) von großem Verdienste, indem er darauf drang, daß man den Urheber nicht als nothwendige Ursache der verbrecherischen Existenz prädiziren dürfe [8]). Auch war es ebensowenig richtig, wenn Feuerbach, Tittmann, Martin u. A. [9]), an die Stelle der nothwendigen Ursache andre Bezeichnungen: wie hinreichende, vorzügliche, in concreto unentbehrliche Ursache setzten, da alle diese zu schiefen Konsequenzen, namentlich in der Lehre von der Theilnahme führen [10]). Uebrigens war

1) Dies sieht Berner a. a. O. nicht ein; s. auch S. 173. ob. Er bestimmt daher den Begriff falsch. vgl. Hepp S. 338. 356. u. bes. Abegg §. 73. Anm.

2) s. dagegen N. Rev. S. 451. 452. vgl. Bauer Abh. I. 414—421 (oberflächlich).

3) Stübel Theilnahme §. 13. 26. Hiernach ist das in der N. Rev. Gesagte zu berichtigen. Auch Berner S. 181—190 hat dies nicht richtig dargestellt.

4) §. 13. 15. 34. 50. u. f. f. s. auch Leonhardt I. 240.

5) Hdb. I. 348 ff. Sehr wunderlich ist die ganze Definition: Urheberschaft sei „diejenige verbrecherische Handlung, welche ꝛc. ꝛc.". Dieselbe Einseitigkeit s. bei Ziegler S. 20—34, und neuerdings zum Theil bei Krug N. sächs. Jahrb. VIII, 247 ff.

6) s. auch Bauer §. 73. 75. Luden a. a. O. n. 2. 4. Gewöhnlich wird dagegen der Begriff der Urheberschaft nur auf das vollendete Verbrechen bezogen. s. z. B. Feuerbach §. 44, Abegg §. 73, Marezoll S. 120. 121. Sehr verfehlt war die Belehrung Berners S. 205. der N. Rev. §. 132 gegenüber.

7) Thatbestand §. 34. 71—95. 117—165. Theilnahme §. 29—34.

8) So war es noch von Kleinschrod I. §. 177 geschehen.

9) s. auch Roßhirt Entw. S. 262—265.

10) Auch Luden S. 352—363 begnügt sich noch einfach von Kausalzusammenhang zu reden, ohne nähere Rechenschaft zu geben. vgl. S. 335. 336.

die Begründung von Stübel durchaus irrig, sofern er selbst mit Kategorieen schaltete, die in der Sphäre der Endlichkeit unbrauchbar sind [1]). In dieser Sphäre kann nämlich von einer absoluten Ursache überall nicht die Rede sein. Vielmehr setzt jede Handlung, um ihre Wirkung zu erreichen, eine Reihe äußerer Umstände und Bedingungen als Nebenursachen voraus, und nur die Summe aller subjektiven und objektiven Bedingungen zusammen kann als die in concreto nothwendige Ursache der Wirkung bezeichnet werden. Deshalb genügt es, wenn nur die anderweitigen Bedingungen schließlich durch die Handlung bestimmt erscheinen, wenn hiemit die Summe der den Erfolg bedingenden Momente auf den Willen des Handelnden unmittelbar oder mittelbar als auf ihr bestimmendes Prinzip zurückgeführt werden muß. — Die von Stübel verfochtenen Grundsätze (soweit sie zunächst die unmittelbare Urheberschaft betreffen) sind übrigens neuerdings in Doktrin und Gesetzgebung [2]) allgemein anerkannt. Auffallend ist jedoch, daß trotzdem (aus Mißverständniß einer Stelle ad leg. Aquil.) Wächter [3]) auch dann Urheberschaft vollendeter Tödtung annimmt, wenn die Verletzung den Tod bloß herbeigeführt haben würde, falls er nicht durch eine von der Handlung unabhängige Ursache zeitiger bewirkt worden wäre, — eine irrige Ansicht, die für den Fall, wo der Tod durch die von einem Andern zugefügte Verwundung bewirkt wurde, auch in das Wirt. GB. [4]) übergegangen ist.

3) Wie in den Begriffen, so herrscht auch im Sprachgebrauch dieser Sphäre in der neueren Wissenschaft und Gesetzgebung großer Wirrwar, besonders infolge der Unsitte des Eintheilens ohne innere Entwicklung der Begriffe. Namentlich wird der einfachen Urheberschaft mehrfach diese Bezeichnung abgestritten und vielmehr der Anstiftung vindizirt, wogegen der einfache Urheber: Thäter, Verbrecher, des bestimmten Vergehens Schuldiger ꝛc. heißen soll [5]). Abgesehen von

---

1) N. Rev. S. 454—461. Ebenso Berner S. 190—192. Neue sächs. Mot. z. Art. 36. Unklar ist die Bem. von Krug a. a. O. S. 260. Note.

2) Wirt. GB. Art. 56. nr. 2 (jetzt ausgefallen). Hufnagel I. 113—115. Breidenbach II. 2. S. 33. 34. 74—77. Gewöhnlich wird es übrigens nur bei Gelegenheit der Tödtung ausgesprochen. Bair. GB. Art. 143. 144. Sächs. Art. 120 (wo jedoch die durch die Handlung in Wirksamkeit gesetzten Zwischenursachen weggeblieben sind). Wirt. Art. 235, 2. Hannövr. Art. 226. Braunschw. §. 154. Hess. Art. 251. Bad. 204. Thüring. Art. 118. Allgemein spricht das richtige Prinzip aus der sächs. Entw. Art. 36.

3) Lb. II. S. 125. s. dag. Heffter §. 231. n. 7. Marezoll S. 345. n. 1. Luden Abh. II. 262—288. N. Rev. S. 461—464. Breidenbach I. 2. S. 76.

4) Art. 235, 1. vgl. Hufnagel II. 4. 5. s. dag. Braunschw. Mot. (Breym. S. 277).

5) Stübel Theilnahme §. 12. Mittermaier N. Arch. III. 125. 126. Kitka S. 1 ff. Heffter §. 83. Henke I. 286. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 7. n. 12. Hepp eb. 1846. S. 334 f. Zachariä eb. 1850. S. 271. (Dieser nennt die gewöhnliche Bezeichnung lächerlich.) s. dag. Bauer Anm. II. 203—205. Luden Abh. II. 341. n. 1. Berner S. 206 u. bes. Breidenbach I. 2. S. 233. 234. — Das preuß. LR. nahm Urheberschaft in dem abstrakt objektiven (Stübel'schen) Sinn. Das östr. GB. §. 5. nennt den unmittelbaren (physischen) Urheber: Thäter (vgl. Ges. üb. Gefällsübertr. §. 19). s. jed. §. 44. 84. Hye S. 226. 227. ebenso das preuss. §. 35—38. Der Code p. art. 59 nennt ihn auteur. Das braunschw. GB. §. 41. Urheber. Ganz vermieden ist der Ausdruck Urheber im sächs. und thüringischen GB.

dieser bloßen Wortklauberei waren allerdings gegen die Feuerbachische Terminologie mehrfache Ausstellungen zu machen; a) war es durchaus unangemessen, wenn dem unmittelbaren Urheber unter dem Namen mittelbarer Urheber nicht bloß der intellektuelle Urheber, sondern auch eine Art von Gehilfen (der Hauptgehilfe) beigesellt wurde [1]); b) war es (worin übrigens die meisten Kriminalisten dem Beispiele Feuerbachs gefolgt sind) unrichtig, den unmittelbaren Urheber mit dem physischen Urheber zu identifiziren, da man auch durch intellektuelle Thätigkeit einfacher Urheber werden kann, indem man ein andres Individuum als willenloses Werkzeug gebraucht (s. unten) [2]). Allein ebenso unrichtig ist es, wenn manche Neueren umgekehrt den Begriff des Urhebers auf Fälle nicht anwenden wollen, die ohne Zweifel (wie das Weitere ergeben wird) darunter fallen, z. B. auf den Anstifter und den von ihm angestifteten Thäter ꝛc. [3]).

4) Was das gemeine Recht betrifft, so leidet es keinen Zweifel, daß das römische zur kulposen und dolosen Urheberschaft freie Selbstbestimmung gefordert hat, wogegen die nähere subjektive Bestimmung des dolosen Urhebers, wie sie der §. angiebt, als technisches Moment dem römischen Rechte fremd ist (s. unten), weil sie nur zur Unterscheidung des Urhebers vom Gehilfen dient. Das objektive Moment ist dagegen im römischen Rechte zwar für den kulposen, nicht aber auch für den dolosen Urheber anerkannt, weil es für diesen an dem irgendwie äußerlich bethätigten dolus genügte. Eben wegen der Grundansicht über die regelmäßig gleiche Strafbarkeit aller Theilnehmer ist auch im röm. Recht keine scharfe technische Unterscheidung der einzelnen Betheiligungsformen zu suchen [4]), wenn auch allerdings in der Kaiserzeit einzelne Schritte hiezu gemacht wurden. Der unmittelbare Urheber heißt selten auctor [5]), gewöhnlich factor, reus principalis, reus, oder raptor, percussor u. dgl., auch qui fecit, manibus suis fecit [6]). Allein das facere wurde auch in weiterem Sinne genommen, so daß es den Anstifter und überhaupt jeden, der causam praebet, in sich begriff [7]). — Im germani=

---

1) Diese Terminologie ist angenommen im Bair. GB. Art. 45. Luzern Art. 43. nicht aber auch im Wirtemb. Art. 75, wie Mittermaier n. 2. z. F. §. 44. andeutet. Dieses (Art. 74) und das Hannövr. Art. 53 nennen Urheber nur den physischen Urheber und den Anstifter, — womit eine Lücke für den Fall entsteht, wo einer den andern zur Begehung einer Handlung bestimmt hat, welche nur dem ersteren, nicht aber dem letzteren als Verbrechen zur Last fällt. Diesen Fehler vermeiden das hess. GB. Art. 71 und das badische §. 119 (Breidenbach I. 2. S. 231), dagegen leiden daran auch das östr. und preuß. GB. vgl. Goldtammer I. 300—302.

2) Heffter §. 79. Luden Abh. II. 333 f. Hdb. I. 356—358. N. Rev. S. 510—513. vgl. auch schon Oersted Grundr. S. 183—186. Marezoll S. 125. n. 1. und jetzt Zachariä im N. Arch. 1850. S. 273—279 (der seine Vorgänger unerwähnt läßt). Die meisten neueren Gesetzgebungen (s. die vor. Note) stellen einen solchen Urheber ganz irrthümlich in die Kategorie der Anstifter.

3) s. z. B. Hepp N. Arch. 1846. S. 357—359.

4) Viel zu weit geht daher Birnbaum im N. Arch. 1842. S. 1—60. s. Rein S. 184 Note a. E.

5) L. 22. C. de poen. (9. 47). s. übr. Birnbaum S. 24. n. 50.

6) Paul. V, 14, 1. 29, 2. L. 1 §. 21 D. de Scto. Silan. (29. 5). l. 7 D. de cust. (48. 3). l. 6 §. 8 D. de R. M. (49. 16). l. 3 §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 7 §. 5 D. de jurisd. (2. 1). l. 1 C. de fals. mon. (9. 24). l. 5 C. da accus. (9. 2). Birnbaum S. 17. 18.

7) L. 4 §. 14 D. de vi bon. rapt. (47. 8). l. 12 D. ad l. Jul. de adult.

schen Recht wird die Bezeichnung für den einfachen Urheber eben nur von der begangenen Handlung hergenommen (raptor u. dgl.),[1]) während auctor facti den anführenden Anstifter bedeutet[2]). — Ebenso in der P.G.O. (Falschschwörer, Missethäter)[3]). — Die italienischen Juristen des MAs. hatten sich im Sprachgebrauch noch wesentlich an das römische Recht angeschlossen[4]).

§. 91.

Da zum Begriff der Theilnahme an der Handlung wesentlich die Beförderung, die Mithervorbringung derselben gehört, so fällt darunter nicht die Begünstigung des Verbrechens, d. h. die erst nach vollendetem und in seinem Erfolg entwickelten Verbrechen eintretende, nicht zuvor versprochene Beistandleistung. Die dahin gehörigen, namentlich in Sicherung der Person des Verbrechers oder Sicherung, resp. Theilung der Vortheile aus dem Verbrechen bestehenden Akte schließen die Kausalität in Beziehung, wenn auch nicht eine Beziehung überhaupt auf das bestimmte Verbrechen aus und bilden daher keine Art der Theilnahme, sodern ein eigenes Verbrechen, das übrigens eine accessorische Eigenschaft hinsichtlich des Hauptverbrechens hat. Jedenfalls gehören dazu positive Handlungen, während negative Begünstigung (sie wäre denn vorher zugesagt) überall das Strafrecht nichts angeht. N. Rev. §. 136[5]).

1) Nur wenige zählen neuerdings noch die Begünstigung überhaupt zur Theilnahme am Verbrechen[6]). Die richtige Ansicht, wenn auch weder bestimmt formulirt, noch ohne Irrthümer im Einzelnen, z. B. hinsichtlich vorher zugesagter Begünstigung, findet sich schon bei den italienischen Praktikern, und mit Beziehung auf sie bei Carpzov wenigstens insofern, als sie die Begünstigung von der eigentlichen Theilnahme als ein delictum non causam dans unter-

---

(48. 5). vgl. l. 15 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 7 §. 6 D. ad l. Aqu. (9. 2) Birnbanm S. 22. n. 47. S. 24. n. 51. 52 (?) S. 34. Die l. 7 §. 6. cit. erwähnt namentlich den, qui furenti gladium porrexit.

1) L. Sal. em. XIV §. 4. Aelfreds Ges. VI. c. 18. L. Rip. 34. Actor, factor mali in den Stat. von Neumarkt 1235. §. 10. 13. (Tschoppe und Stenzel. S. 294.)

2) L. Rip. 64. Capit. Car. M. 805. c. 10. (P. I. p. 133).

3) Art. 107. 177.

4) Birnbaum S. 26—37.

5) s. überhaupt Püttmann, de receptatoribus (Adv. j. univ. Lib. II. i. f.) Momaerts de fautorib. crim. 1827. Ulens de crim. fautor. 1827. Sander im N. Arch. 1838. S. 431 f. 1839. S. 248 f. 396 f. Held N. Jahrb. f. sächs. Strafr. IV. 138 f.

6) Stübel Thatbestand §. 40. Grolman §. 35. (Diese nehmen sogar eine Begünstigung vor der That an.) Feuerbach §. 53. Wächter §. 91. Jarcke I. 231 f. (Diese beiden, wie Grolman, der jedoch in einem Theil der betreffenden Akte ein bloßes Polizivergehen erkennt.) Abegg §. 76. f. aber S. 111 u. §. 461. Heffter §. 84. n. 6. vgl. §. 532. Roßhirt Lb. §. 33. Entw. §. 44. Birnbaum a. a. O. S. 45 f. Eigenthümlich bestimmt die Begünstigung Schröter §. 131. 132. Auch Ziegler S. 55. n. 1. S. 61. n. 1. nimmt Beg. vor der That an.

schieden und in der Regel geringer bestraft wissen wollten [1]). Dagegen blieb es herkömmlich, sie als nachfolgende Theilnahme (Beihilfe) aufzuführen [2]), (wobei übrigens die Italiener in Gemäßheit des röm. Rechts wenigstens die receptatio furum et latronum als eigenthümliches Vergehen behandelten. Indessen ist neuerdings diese Terminologie mit Recht als fehlerhaft bezeichnet und die Abtrennung der Begünstigung von den Fällen der Theilnahme gefordert worden [3]); jedoch mit Ausnahme der vorher versprochenen oder gewerbsmäßig geleisteten Begünstigung [4]), sowie einer solchen Thätigkeit, welche den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolgs befördert [5]), da in allen diesen Fällen nicht bloße Begünstigung, sondern wahre Theilnahme, d. h. Mitwirkung zur Hervorbringung des Verbrechens vorliegt. Uebrigens ist man hiebei nicht immer gleich weit gegangen. Mehrere haben die Begünstigung überhaupt für ein eigenes Polizeiverbrechen, resp. ein eigenes Verbrechen gegen die Rechtspflege erklärt [6]), so zwar daß auch in der Strafe jede Beziehung auf das begangene Hauptverbrechen abgeschnitten sein soll. Dagegen haben Andre mit Recht zwar allerdings gleichfalls in der Begünstigung ein delictum sui generis erkannt, ohne jedoch ihre accessorische Natur deshalb in Abrede zu stellen [7]).

2) Werden nun die zur Theilnahme am Verbrechen gehörenden Fälle gebührend ausgeschieden, so ergeben sich als die den Begriff der Begünstigung konstituirenden Momente folgende: 1) Kenntniß von dem verübten Hauptverbre-

---

1) Gandinus de malef. Tit. de homicid. Clarus §. fin. qu. 90. n. 9. Farinac. qu. 132. 133. und die dort Citt. Carpzov qu. 87. n. 36 sq. qu. 134. n. 37 sq. Die Italiener machten freilich hinsichtlich der milderen Bestrafung noch außer der receptatio latronum allerlei Ausnahmen.

2) s. z. B. Püttmann Elem. §. 50. Kleinschrod I. §. 206. Tittmann I. §. 101. Schröter §. 140. Bauer Abh. I. 464 f. Oersted Grundreg. S. 196 f.

3) Böhmer Med. ad art. 177. §. 1. 9. Klein Grundsätze §. 138—141. Stübel Theilnahme §. 35. 36. Henke I. §. 43. Martin §. 73. 244. Marezoll S. 127. 128. Schröter §. 144 (hinsichtlich der Begünstigung der Person des Verbrechers). Mittermaier n. 1. 2. z. F. §. 53. Luden Hdb. I. 451—453. Sander a. a. O. Berner S. 6. 7. Zachariä N. Arch. 1850. S. 269. s. auch Platner eb. 1843. S. 170. 171.

4) A. M. Stübel §. 36. f. aber N. Rev. S. 479. 480.

5) Henke a. a. O. Stübel Theiln. §. 35. Tittmann I. §. 110. Luden I. S. 453. n. 4. Berner S. 167. 168. Sander N. Arch. 1838. S. 457 f. vgl. Bauer Abh. I. 468—470. Ziegler S. 26. n. 1. Zu weit gehen Oersted und Mittermaier a. a. O., besonders aber Schröter §. 144, da hiernach wahre Theilnehmer unter die Begünstiger zu stehen kommen. Ebenso auch Sander 1839. S. 258 f. s. dag. Leonhardt I. 308. 309., wogegen Breidenbach I. 2. S. 394—396 noch weiter, als Sander, geht! Hufnagel III. 644. Goldtammer I. 340. 341 (der 2te Fall ist nur Begünstigung, auch nach natürlichem Gefühl).

6) Böhmer l. c. Martin, Henke (unbestimmt) a. a. O. s. auch schon Klein a. a. O. (gleichfalls unbestimmt). Stübel Theilnahme §. 36 (s. übr. S. 127). Marezoll S. 191—193 (schwankend). Schröter §. 144 (mit den angef. Modifikationen) Mittermaier n. 2. z. F. §. 53. Schüler Beitr. z. sächs. GB. S. 40. Berner S. 6 (s. aber S. 7). Müller Strafprozeß. §. 127. n. 25.

7) Sander a. a. O. 1838. S. 443 f. (vgl. Bauer a. a. O. S. 483. 484.) N. Rev. S. 479. n. 3. Luden Hdb. I. 453. Held a. a. O. S. 140. s. auch die praktische Warnung bei Breidenbach I, 2. S. 405. (vgl. Held S. 146. 147). Preuß. Regier. b. Goldtammer I. 339. Bair. Mot. z. Art. 49.

chen [1]), wobei es auf das Maß der Kenntniß ankommt, welche der Begünstiger wirklich hat. 2) Vollendetsein des Hauptverbrechens ohne irgend welche Mitwirkung des Begünstigers, resp. Vorliegen eines ebenso zu Stande gekommenen Versuchs, welchenfalls dann natürlich die Thätigkeit des Begünstigers nicht in der Herbeiführung der vorerst verfehlten Wirkung des Hauptverbrechens bestehen darf [2]). 3) Eine Thätigkeit, welche dem Verbrechen in Beziehung auf den Verbrecher oder auf den Erfolg des Verbrechens Vorschub leistet, indem sie darauf gerichtet ist, entweder die gerichtliche Einschreitung und Bestrafung zu vereiteln, oder die vom Thäter beabsichtigten Folgen des Verbrechens zu befördern oder überdies noch an den widerrechtlichen Vortheilen aus dem Verbrechen Theil zu nehmen [3]). 4) Absichtlichkeit solcher Thätigkeit [4]). — Wo durch die Begünstigung eine Dienstpflicht verletzt wird, da liegt ein eigenthümliches Dienstverbrechen vor [5]). — Bloße Genehmigung eines von einem Andern vollendeten Verbrechens kann nicht unter die Begünstigung gezählt werden, da darin keine Förderung dieses Verbrechens liegt [6]). Anders, wenn sie selbst ein Verbrechen involvirt, wie Genehmigung einer Injurie [7]), oder in Anstiftung ausartet. — Die in Anm. 1) ausgeschiedene gewerbsmäßige Begünstigung verdient in der That diesen Namen gar nicht, da sie eben durch ihre jedes beliebige Verbrechen der bestimmten Art befördernde Eigenschaft in Beihilfe übergeht [8]). Sie verdient aber, da sie ebensowenig der einfachen Beihilfe gleichsteht, eine besondere Heraushebung, und zwar nicht bloß in Form der Kuppelei und Hehlerei (Parthiererei), sondern allgemein [9]). — Was insbesondere die Theilnahme an den Vortheilen aus dem Verbrechen eines Andern betrifft, so fällt sie nach 3) unter den Begriff der Be-

---

1) Sander N. Arch. 1839. S. 257. Bauer Abh. I. 473. Das unter b) Angef. ist überflüssig. Goldtammer I. 341 j. 338.

2) Sander eb. S. 258—263. 274. (theilweise unrichtig) Bauer a. a. O. S. 468—470.

3) Sander eb. S. 263—275. Bauer S. 476. 477. Mit Unrecht nimmt dieser S. 471. 472 auch Unterlassungshandlungen auf. Die angef. Beispiele enthalten entweder eigenthümliche Dienstverbrechen oder bloße Polizeivergehen. Sander 1838. S. 439. Die von diesem S. 273 hinsichtlich der Münzfälschung gemachte Ausnahme ist keine; hier liegt nur eine besonders strafbare Art der Begünstigung vor. Tittmann I. §. 110.

4) vgl. Bauer S. 474. n.*. Die Motive haben nur auf das Maß der Strafbarkeit Einfluß. Goldtammer I. 341. Sog. kulpose Begünstigung kann nur in Form eines Polizeivergehens strafbar gemacht werden. s. z. B. Oldenburg. GB. Art. 96.

5) Hier kann dann allerdings die Thätigkeit auch in einem Unterlassen bestehen.

6) A. M. Tittmann I. §. 110, der indessen doch darin nur eine Aeußerung gefährlicher Gesinnungen erblickt (übrigens mit Unrecht auf Leyser Sp. 113, med. 6. — s. auch Corr. 1 — sich beruft). s. dag. Bauer S. 477. 478. Schröter §. 139. Luden Abh. II. 253—255. und unten. Roßhirt Entw. S. 248.

7) Kleinschrod I. §. 184 (von Tittmann mit Unrecht als A. M. angeführt).

8) Klein Grundsätze §. 141. Oersted Grundr. S. 197. Henke I. §. 43. Bauer Abh. I. 466. 467. Sander a. a. O. 1839. S. 403 f. (Ueber die richtige Bezeichnung läßt sich allerdings streiten.) Luden Hdb. I. 445. n. 6.

9) A. M. Sander a. a. O. Dollmann krit. Ueberschau I. 176. Allein es giebt auch gewerbsmäßige Begünstiger anderer Verbrechen, z. B. der Abtreibung der Leibesfrucht ꝛc.

günstigung, sofern sie die Förderung des Verbrechens involvirt [1]). Gieng ein Einverständniß vor der That vorher, so ist Beihilfe anzunehmen, falls in diesem Einverständniß eine Zusage der Nichthinderung oder Nichtanzeige gefunden werden kann [2]). — In keinem Falle dürfen bloße Unterlassungen unter den Begriff der Begünstigung gestellt werden, die Nichthinderung eines erst bevorstehenden Verbrechens schon deshalb nicht, weil sie, wenn sie strafbar sein soll, zur Theilnahme gerechnet werden muß [3]), aber auch nicht die Nichtanzeige eines bereit begangenen Verbrechens, wo nicht Anzeige durch eine Dienstpflicht geboten ist, da eine allgemeine Rechtspflicht hiezu nicht besteht [4]).

3) Zur Zeit der quaestiones perpetuae findet sich im römischen Recht [5]) nur ausnahmsweise eine Bestrafung von Begünstigungshandlungen, nämlich beim furtum [6]), wo sich die Sache aus der Natur des Privatstrafrechts erklärt, und bei dem Sctum gegen die Bacchanalien [7]). Im Kreise des öffentlichen Strafrechts tritt Bestrafung der Begünstigung erst zur Kaiserzeit hervor. Hierher sind jedoch die auf die Aufnahme und Verbergung eines servus fugitivus bezüglichen Bestimmungen nicht zu rechnen, weil diese Akte nach Analogie des Diebhehlens als Mitwirkung zum Verbrechen angesehen wurden [8]); noch viel weniger wahre Gehilfenakte, wie bei den susceptores aleatorum u. dgl. [9]). — Wohl aber gehören hierher eine Reihe von Bestimmungen, die sich auf die Begünstigung als

---

1) Sander 1838. S. 440—443. Kitka S. 78. 129. Eigenthümlich ist nur, daß K. dies allein unter Begünstigung versteht. Unverständlich ist die Polemik von Berner S. 6. Zu allgemein ist die entgegengesetzte Behauptung von Temme Krit. d. preuß. Entw. 1843. S. 112, unnöthig schwankend die von Hufnagel III. 99—101. 122. 123. (vgl. StrafGB. m. Anm. S. 494 unt.).

2) N. Rev. S. 481. vgl. Goldtammer I. 283. 290. 291. 295. 342. Beseler S. 169. 170.

3) A. M. Grolman, Stübel, Wächter, Jarcke s. o. Quistorp §. 62. Tittmann § 111. s. dag. Bauer Abh. I. 465.

4) s. schon Quistorp a. a. O. Tittmann § 112. Bauer I. 471. 472. (welcher jedoch willkührliche Ausnahmen macht). A. M. Oersted Grundreg. §. 30. Breidenbach I. 1. S. 419. 420. s. dag. Kleinschrod I. §. 206. Borst a. a. O. S. 685 f. Henke I. 282. Schröter §. 145. Berner S. 232. N. Rev. S. 481. Auch neuerdings wird oft noch die Nichtanzeige begangener Verbrechen mit der Nichthinderung bevorstehender mit Unrecht vermischt. s. z. B. Heffter §. 84 a. E. Marezoll S. 128. 129. Luden Hdb. I. 217 f. Hepp N. Arch. 1849. S. 135 f.

5) Püttmann l. c. Birnbaum a. a. O. S. 45 f. Platner quaest. p. 386—390. Ders. im N. Arch. 1843. S. 170 f. Rein S. 201. 202. 346 f. Roßhirt Entw. S. 275. 276.

6) Gaj. III. 186. §. 4 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). L. 48 §. 1. 3 D. de furt. (47. 2). l. 1 pr. D. de fugit. (11. 4). l. 11 §. 2 D. de serv. corr. (11. 3).

7) Liv. 39, 17. Was Roßhirt S. 276 ob., Rein S. 348. 349 weiter anführen, ist theils willkührlich, theils gehört es nicht hierher, wie denn bes. Rein hinsichtlich des Begriffs der Begünstigung sehr schwankend ist.

8) L. 6 §. 2 D. ad l. Fab. (48. 15). Coll. 14. §. 3. L. 5 C. h. t. (9. 20). Mit Unrecht dagegen stellt Platner S. 175 auch die Verbergung der desertores hierher. s. l. 7 C. Th. de desert. (7. 18).

9) L. 1 D. de aleator. (11. 5). l. 3 C. de incest. nupt. (5. 5) l. 8. C. de paganis (1. 11). l. 8 C. de haeret. (1. 5). A. M. Birnbaum. s. jed. Platner S. 173. 174. Roßhirt S. 276. Ein eigenes Verbrechen war die Aufnahme eines aquae et igni interdictus.

solche und zwar nach allen in Anm. 2) angef. Richtungen beziehen [1]). Es wurde daraus in der Kaiserzeit ein eigenes crimen extraordinarium gebildet. Indessen war es nicht gerade nöthig, die Schuldigen in einem besondern Prozesse abzuurtheilen; sie konnten mit den Hauptschuldigen zusammen prozessirt werden [2]), wie sie denn auch in vielen Fällen der Strafe des Hauptverbrechens unterlagen. Nur folgt aus dem Letzteren nicht, daß man die Begünstiger unter die Theilnehmer (Mitschuldigen) gezählt hätte, auch wenn sie nicht vorher schon ihre Mitwirkung zugesagt hatten [3]). Die Strafe des Hauptverbrechens trifft die receptores (abgesehen vom furtum) beim Raub, falls die Begünstigung des Verbrechers oder des Verbrechens gegen Geld oder einen Antheil am Gewinn stattgefunden hat [4]), ohne daß gerade gewerbsmäßige Begünstigung gefordert würde [5]), und ohne daß die Androhung der Strafe des Hauptverbrechens auf alle Fälle der eigennützigen Begünstigung ausgedehnt werden dürfte [6]). Nur beim Pekulat wird noch die Hauptstrafe gedroht [7]). Eine mildere dagegen bei der Aufnahme von abigei, desertores, raptores, fliehender Feinde, sowie von latrones dann [8]), wenn die Begünstigung nicht um Gewinns willen geleistet worden war [9]). Ein besondrer Milderungsgrund lag im Verwandtschaftsverhältniß [10]). — Im germanischen Recht findet sich eine strenge Ansicht über die Strafbarkeit der Begünstigung, erklärlich theils durch die Mangelhaftigkeit der Polizeianstalten, theils durch das besondere Verhaßtsein der Unrechtsverheimlichung überhaupt, theils durch den allgemeinen

---

1) L. 3 §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 1 D. de receptat. (47. 16). l. 9 C. ad l. Jul. de vi (9. 12). l. 13 pr. D. de off. praes. (1. 18). l. 1. 2. C. Th. de his qui latr. (9. 29). l. 1. 2. C. J. eod. (9. 39). l. un. C. de crim. pec. (9. 28), nicht aber auch l. 1 D. eod. (48. 13), s. gegen Birnbaum S. 56 — Platner S. 172. — L. 3 §. 12 D. de Scto Silan. (29. 5) l. 9 C. de malef. (9. 18). l. 3 §. 3 D. de abig. (47. 14). l. un. §. 2. C. de raptu virg. (9. 13). l. 1 C. de desert. (12. 46). l. 40 D. de poen. (48. 19).

2) Rein S. 349. Birnbaum S. 46. 52.

3) Platner; s. übr. S. 171, wo er anerkennt, daß das röm. Recht wohl keine ganz scharfe Grenze gezogen habe.

4) Paul. V, 3, 4. l. 3 §. 3 D. de incend. (47. 9). l. 9 C. de vi (9. 12) u. l. 1 D. h. t. (47. 16) erwähnen dies zwar nicht; es ist aber aus l. 1 C. de his qui latr. (9. 39) zu ergänzen. So lehrten auch viele Italiener s. Farin. qu. 133. n. 101. und Matth. 47. 10. c. 1. 2, vgl. Birnbaum S. 47. 48. Heffter §. 532. Abegg S. 592. 593. Platner S. 180. Rein S. 352. n. *

5) so Birnbaum S. 45. Abegg S. 593. N. Arch. 1836. S. 517—519. s. dag. Platner S. 178 f. Rein a. a. O. Sander. 1838. S. 434.

6) so Birnbaum S. 47—49. s. dag. Platner S. 181. 182. Abegg a. a. O. und Heffter sind noch strengerer Meinung, als Birnbaum, s. auch Farin. qu. 133. n. 29 f. Ziegler S. 42. n. 3. S. 48. n. 1.

7) nach Rein auch bei Mord und Zauberei, allein mit Unrecht. Sehr weit giengen theilweise die Italiener (delicta atrocissima).

8) L. 3 §. 3 D. de abig. (47. 14). l. 1 C. de desert. (12. 46). l. un. §. 2 C. de rapt. virg. (9. 13). l. 40 D. de poen. (48. 19). L. 1. 2. C. de his qui latr. (9. 39). l. 6 §. 2 D. ad l. Jul. pec. (48. 13).

9) Unklar ist Heffter §. 532. n. 4. u. Abegg S. 592, übrigens in Uebereinstimmung mit einem Theil der Italiener, die bei latrones auch auf das occultare an sich das Gewicht legten.

10) L. 2 D. h. t., vielleicht auch in der fragilitas sexus, l. 39 §. 4 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

vorwiegend objektiven Standpunkt dieses Rechts [1]). Besonders bei Diebstahl und Raub wird letzterem gemäß die Begünstigung des Verbrechers und des Verbrechens meist dem Hauptverbrechen gleich bestraft [2]). Ebenso nach den Rechtsbüchern, die nur von Diebstahl und Raub sprechen [3]). Doch läßt sich hier eine durchgängig gleiche Bestrafung nicht nachweisen, und noch weniger eine allgemeine und bestimmte Ansicht über die Strafbarkeit der Begünstigung (im eigentlichen Sinn) überhaupt [4]). Wohl aber ist dies in dem Reichsfriedensrecht des MAs. der Fall, wo die Begünstigung bei Landfriedensbruch überhaupt in ihren beiden Hauptrichtungen mit der Strafe des Hauptverbrechens oder mindestens mit Acht bedroht erscheint [5]). Dessenungeachtet und obgleich es bei den Italienern Regel geworden war, die Begünstigung (auch außer der receptatio) als eine Art von Theilnahme (in der Regel gelinder als die Hauptthat) zu strafen, auch die Bamb. Art. 203 dieselbe unter die allgemeine Kategorie der Theilnahme stellt, ist es zweifelhaft, ob sich dasselbe von der P.G.O. Art. 177 (j. Art. 40) behaupten lasse [6])? Wie dem aber sei, so hat jedenfalls die Doktrin und Praxis [7]) den Satz der Italiener aufgenommen, so zwar, daß man die einfache Begünstigung überall als uneigentliche Theilnahme am Hauptverbrechen, aber in allen Fällen als geringer strafbar ansah [8]). Erst später legte man wieder mehr Gewicht auf die römischen Bestimmungen über gleiche Bestrafung und suchte sie noch anders,

---

1) Wilda S. 635—637 (wo aber Ungehöriges hereingezogen ist, wie die Befreiung Gefangener und die Beherbergung Friedloser).

2) Hierher gehört auch der verbotene Vergleich des Beschädigten mit dem Thäter mit Umgehung des Richters. s. z. B. Ines Ges. 36. 46. Aethelstans Ges. II, 1, 1. VI, 1, 2. L. Rip. 78. Ed. Roth. 271. 273. L. Baj. VIII, 7, 3. L. Wisig. VII, 2, 7. 9. (mit einer Modif. L. Baj. VIII, 13, 2. u. 14. Decr. Thassil. 7.) Child. II. et Chlot. II. pact. c. 3. (P. I. p. 7). Chlotach. II. decr. c. 2. 5. (p. 12). Capit. Aqu. c. 2 (p. 146). Cap. Aquisgn. 813. I. c. 13. 15. (p. 188).

3) Sächs. LR. II, 13. §. 6. III, 7. Schwäb. LR. c. 174. (s. jed. auch Rupr. v. Freis. II. 37.) Rechtsb. nach Dist. IV, 9. dist. 1. 2. Bloß von Hilfe durch Rath und That überhaupt sprechen die Gosl. Stat. (Göschen) p. 38, 24. 42, 31. 47, 34. Mit Unrecht sagt aber wohl Cropp in d. krim. Beitr. II. S. 349—352, die Hehlerei habe überhaupt ein vorheriges Einverständniß vorausgesetzt.

4) s. übr. Sächs. LR. II. 72. Schwäb. LR. c. 253. Ganz verkehrt Temme Glossen. S. 109.

5) s. z. B. Heinr. R. treuga 1230. c. 13 (P. II. p. 267). Const. pac. 1235. c. 13. 14. (p. 317). a. 1287. c. 40. 41. (p. 452). a. 1303. c. 41. 42. (p. 483) ꝛc., vgl. Stadtr. v. Dattenried 1358. c. 1. (Gaupp II. 177). s. auch Damhouder. c. 134. u. Bajard. z. Clar. §. fin. qu. 90. n. 9, woraus hervorgeht, daß die Ital. sich sehr abmühten, Statutarrecht und jus comm. in Einklang zu bringen. s. bes. Menoch. cas. 348.

6) Dagegen s. Böhmer Med. ad art. 177. §. 1. Henke I. §. 43. n. 8. Martin §. 73. n. 3. Sander im N. Arch. 1838. S. 435 ff. Mittermaier n. 3. z. F. §. 53. Dafür Kress ad art. 177 (er schließt nur die ratihabitio aus). Wächter §. 91. n. 89. Roßhirt Lb. §. 33. Entw. S. 277 f. Heffter §. 84. n. 6. Bauer Abh. I. 479—483. Jarcke I. 235. n. 10. Ziegler S. 55. n. 1. Held S. 140. Morstadt n. 1. z. F. §. 53.

7) Strenger waren immer noch einzelne Gesetze. s. z. B. Landfr. 1548. pr. §. 2. RA. 1555. §. 41. 42. RSchl. 1731. §. 5 a. E.

8) Carpzov. qu. 87. n. 38 sq. qu. 134. n. 37 sq. Kress ad art. 177. und die dort Angef. Böhmer Med. ad art. 177. §. 9. Obs. 2. ad C. qu. 87. Cocceji de socio. S. 2. §. 35. 36. Anm. z. Cod. Max. I, 12. §. 8. (Praxis) u. z. I, 2. §. 14. (Klage über die Klauseln der Doktrin.)

als durch bloße Voraussetzung eines Komplotts oder überhaupt eines vorherigen Versprechens zu motiviren [1]). Auch die Gesetzgebung des vorigen Jahrh. aber hielt sich nicht durchaus an die von Karpzov aufgestellte Norm. Zwar that dies der Cod. Max. hinsichtlich der Begünstigung überhaupt, machte aber Ausnahmen bei Diebstahl und Raub [2]). Die Theres. I. 3. §. 8. 12. straft die Begünstigung infolge Komplotts mit der Strafe des Hauptverbrechens, macht sie aber außerdem zu einem besondern Verbrechen [3]). Das preuß. A.L.R. macht aus der Begünstigung der Person ein eigenes Delikt, das nicht hart gestraft wird, dagegen stellt es die gewerbsmäßige Begünstigung und die einfache Antheilnahme am Gewinn (von mehr ist nicht die Rede) unter die Theilnahme, und straft erstere mit der Hauptstrafe, letztere mit der nächstniedrigeren [4]). Das östr. GB. dagegen stempelt die Begünstigung überall zu einem besondern Verbrechen, welches theils (als Begünstigung der Person) auf alle Verbrechen, theils (als sonstige Förderung) nur auf bestimmte Verbrechen sich bezieht, übrigens mit schweren Strafen bedroht ist [5]). Seit dem bair. GB. [6]) wird die Begünstigung meist richtig, d. h. als ein besondres Verbrechen, das aber eine accessorische Eigenschaft hat, aufgefaßt, wenn auch oft das eine oder andre Moment zu sehr überwiegt und die Anführung von Beispielen zu Vertretung oder Erläuterung des Begriffs nicht gelungen ausfällt [7]), während umgekehrt die Bezeichnung des subjektiven Moments schwankend ist [8]). Als Quote der Strafe des Hauptverbrechens wird die der Begünstigung bestimmt im sächs. GB. [9]). Das bair. droht die Strafe

---

1) Matthaeus l. c. s. dag. auch wieder Püttmann Elem. §. 372. 458. (zu dem. das hier cit. Rescr. 1721). 479. Quistorp §. 57. 58 (hebt auch die Gewerbsmäßigkeit als Moment hervor). Ueber die Neueren s. die vor. Noten.

2) I, 12. §. 8. 9. vgl. I, 2. §. 14. 15. 18. 20. (mit den Anm.). In letzteren Stellen wird zur poena ord. Hilfe (nach der That) und Partizipation am Gewinn gefordert. vgl. sächs. Gesetze b. Held S. 141. 142.

3) II, 102. Die Strafe ist arbiträr, kann aber nach Umständen zur poena ord. (selbst geschärfter Todesstrafe) aufsteigen.

4) II. 20. §. 83. 84. 160 a). Ist schon dies sonderbar, so sind theilweise noch auffallender die Bestimmungen in §. 1218—1230 und 1238, wo die verschiedensten Momente bunt durcheinander liegen und ein leitendes Prinzip nicht zu erkennen ist. vgl. die Cirk. VO. 26. Febr. 1799. §. 28. 29, wo die Diebshehlerei aller Art kurz dem Diebstahl selbst gleichgestellt ist.

5) Oestr. GB. (1852) §. 6. j. §. 109. 112. 116. 120. 121. 185—187. 189. 196. 214. 217. Hye S. 232—240. Ungenau und ungerecht ist Breidenbach I, 2. S. 391. Note.

6) Art. 84—86 (in Art. 87. 88 sind auch bloße Unterlassungen zur Begünstigung gezählt). vgl. Sächs. GB. Art. 38. 46. Wirt. Art. 89—92. Hannövr. Art. 74—76. Braunschw. §. 47. — Hess. Art. 87—91. Bad. §. 142—145. Thüring. Art. 36. 37. Preuß. GB. §. 37. 38. Bair. Entw. Art. 48. 49. Sander 1838. S. 451—463. Blätt. f. Rechtsanwend. XIV. Erg.bl. nr. 4. S. 60.

7) Mit Unrecht eifert Breidenbach gegen die Bedrohung der Aufnahme von Verbrechern, mit Recht dagegen gegen die des bloßen Vortheilziehens vom Verbrechen. (Hess. Art. 88. Oestr. §. 6). I, 2. S. 397—401. vgl. sächs. GB. Art. 239. Held S. 148. 149. Preuß. Revis. 1845. I. S. 164—168. Nicht hergehörig sind namentlich auch die Fälle im hannövr. GB. Art. 74 a. E. u. im hess. Art. 88, 2. s. bes. Bair. Mot. z. Art. 48.

8) s. z. B. sächs. GB. Art. 38. Held S. 152—156 u. N. Jahrb. I, 2. S. 133. 134. Leonhardt I. 311—313.

9) Art. 38. Anders Art. 239. vgl. Held S. 161—167. s. dag. Breidenbach

der Beihilfe dritten Grads (Maximum 6 J. Arb.haus). Die übrigen neuen Gbücher drohen eine eigene (in der Regel geringere) Strafe, wobei die Größe des Hauptverbrechens nur einen Ausmessungsgrund bildet [1]). Alle setzen (wenn auch nicht immer gehörig deutlich) dolus voraus [2]), während das Hauptverbrechen dolos od. kulpos, der Begünstigte Urheber oder Gehilfe sein kann [3]). Meist wird dann noch besonders die gewerbsmäßige Begünstigung ausgezeichnet, bloß bei den Eigenthumsverbrechen im sächs. (Art. 239 [4]), im thüring. (Art. 231) und im preuß. GB. (§. 239), allgemein dagegen in den übrigen [5]), wobei nur das hannövrische (Art. 76) sich damit begnügt, sie als bloßen Erschwerungsgrund zu bezeichnen [6]). Es gehört dazu [7]), daß die Begünstigung als nahrungbringendes Gewerbe betrieben werde, mithin in eigennütziger Weise und so, daß sich der Schuldige dadurch, wenn auch nicht ausschließlich, seinen Unterhalt verschafft, zugleich aber auch so, daß er die Sache als Geschäft, ohne Auswahl der sich darbietenden Gelegenheiten etc. betreibt [8]). — Nahe Verwandtschaft galt als Milderungsgrund auch den ital. und deutschen Praktikern [9]), desgleichen dem Cod. Max. [10]) und der Theresiana. Das preuß. LR. ignorirte auch diese billige Rücksicht, wogegen das östr. GB. die nächsten Verwandten für straffrei erklärte, wenn sie den Thäter verheimlicht oder (ohne eigennütziges Interesse) die zur Entdeckung der That oder des Thäters dienlichen Anzeigungen beseitigt haben [11]). Dasselbe thun denn auch sämmtliche neueren Gesetzgebungen, nur daß sie theilweise das punctum saliens, d. h. daß bloß aus persönlichem Interesse am Thäter gehandelt werde, nicht mit gehöriger Bestimmtheit hervorstellen, überdies aber den Kreis der privilegirten Personen sehr verschieden bestimmen [12]). Nur bei

---

I, 2. S. 405. n. 2. Dem sächs. GB. folgt das thüring. Art. 36. vgl. Sander 1839. S. 399. f. auch den sächs. Entw. Art 59. 294. 295. (??).

1) Aber nicht den einzigen (wie nach Wirt. GB. Art. 90). s. Hess. GB. Art. 89. Bad. §. 143. Hannövr. Art. 75. vgl. Sander 1839. S. 248—256. 396 f. Goldtammer I. 341.

2) s. übr. Braunschw. GB. ed. Brehm. S. 209.

3) Leonhardt I. 309. 310. Goldtammer I. 341.

4) Held S. 150—152. Weiß S. 641—644. sächs. Entw. Art. 296.

5) ausgenommen das östreichische. s. Bair. GB. Art. 85. Reskr. 1. April 1815. Gönner Jb. I. 113. Oldenb. Art. 91. Wirtemb. Art. 91. Braunschw. §. 47. Hess. Art. 90. Bad. §. 144. Die Größe der Strafe ist verschieden. vgl. Bair. Entw. Art. 290. 300. und Mot. z. Art. 49.

6) s. jed. Art. 303. 333. — ebenso das Zürch. GB. §. 60.

7) Sander 1839. S. 403—413. Held S. 156—161. N. Jahrb. f. sächs. Strafr. II. 253. 415 etc. V. 372 ff. Wächter Abh. I. 378. Weiß S. 617. 618. Hufnagel I. 623—626. II. 366 ff. III. 123. 124. Strafgb. m. Anm. S. 514. Breidenbach I, 2. S. 407—410. Beseler S. 451. 455.

8) Auf den animus kommt es daher hauptsächlich an, so daß nicht absolut eine Mehrheit von Akten erforderlich ist.

9) s. die bei Farin. qu. 133. n. 32 Angef. u. Carpzov qu. 131. n. 48—51.

10) Dieser läßt unter Umständen sogar Straflosigkeit eintreten (den Verwandten sind die Wirthe und die Personen, die das Asylrecht haben, beigefügt).

11) GB. 1803. §. 195. (jetzt 216). Jenull II. 395. 396. 400. vgl. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 240.

12) Bair. GB. Art. 89. Sächs. Art. 41. vgl. N. Jahrb. VII. 108. 109. 174 ff. Wirtemb. Art. 92. Hannövr. Art. 74 (ganz verunglückte Fassung. s. Leonhardt I. 317—321) Braunschw. §. 49. Hess. Art. 91. Bad. §. 145. Thüring. Art. 37. Preuß. §. 37. Sächs. Entw. Art. 68. Bair. Art. 51.

Ehegatten, Eltern und Kindern sollte auch eine mit eigenem Vortheile verbundene Begünstigung straflos gelassen werden [1]). Bei gewerbsmäßiger (oder vorher versprochener) [2]) Begünstigung dagegen kann die betr. Rücksicht selbstverständlich nicht Platz greifen [3]).

4) Eine allgemeine Pflicht zur Anzeige begangener Verbrechen (abgesehen also vom Beamtenverhältniß und von einem vor der Begehung geleisteten Versprechen) [4]) kannte das gemeine Recht nicht, namentlich nicht das römische [5]). Entgegengesetzt lautende Stellen des kanon. Rechts [6]) wurden schon von den Italienern bloß auf das forum conscientiae bezogen [7]). Das römische Recht enthält Ausnahmen nur bei der Ketzerei, bei der Münzfälschung, bei malefici, latrones, desertores [8]). — Im germanischen Recht war durch das Rügeverfahren eine andre Ansicht begründet [9]), die aber weichen mußte, sowie dieses Verfahren allmälig der Untersuchung von Amtswegen Platz machte. Doch sind die Spuren davon auch später geblieben, wie das ganze Verfahren mit Gerüfte zeigt [10]). Gleichwohl kennt auch das spätere Reichsrecht nur einzelne Ausnahmen von der Regel des röm. Rechts, bei Hochverrath, Münzfälschung und Gotteslästerung [11]). Die Praxis beschränkte sich jedoch hierauf nicht, sondern strafte die Nichtanzeige bei allen del. atrocissimis [12]); indessen keineswegs allgemein [13]). Daher bedroht auch der Cod. Max. I, 12. §. 2 die Nichtanzeige begangener Verbrechen überall nicht mit Strafe, wogegen die Theres. (Art. 28. §. 4. 6. 7. vgl. Art. 3. §. 14) arbiträre Strafe für die Nichtanzeige aller mit Todes- od. schwerer Leibesstrafe bedrohten Verbrechen festsetzt. Das preuß. LR. enthält sich solcher Strafdrohungen. Dagegen droht das bair. GB. Art. 88 Strafe (übrigens geringe)

---

1) Sander 1839. S. 400. 401. Sächs. GB. Art. 239. Braunschw. §. 49. (Breym. S. 210) Thüring. Art. 36 a. E.

2) Preuß. GB. §. 38.

3) A. M. Breidenbach I, 2. S. 412. (?) Ueber das französische Recht s. Hélie II. 100—105. Dasselbe ist streng und lückenhaft.

4) Hier liegt immer Beihilfe vor. A. M. Abegg S. 119 unten.

5) L. 48 §. 1 D. de furt. (47. 2). l. un. C. ut nemo invit. (3. 7).

6) f. z. B. c. 4 X. de furtis (5, 18).

7) Farinac. qu. 51. n. 13. 14.

8) L. 1 C. de fals. mon. (9. 24). l. 9 C. de malef. (9. 18) l. 1. 2 C. de his qui latr. (9. 39). l. 1 C. de desert. (12. 46). l. 16 §. 2 C. de haeret. (1. 5). Die gewöhnlich mit angeführte l. 5 §. 6. 7. C. ad l. Jul. maj. (9. 8) handelt nur von der Anzeige eines noch nicht zum Ausbruch gekommenen Verbrechens. Ueberhaupt aber ist das röm. Recht in dieser Frage wegen seiner bekannten Behandlung des Versuchs technisch von keinem entscheidenden Gewicht. A. M. Martin §. 242. n. 7. s. de Jonge de del. contra remp. adm. II. p. 108 sq.

9) s. z. B. Decr. Childeb. c. 11. 12. Decr. Chlot. c. 1. 8. (P. I. p. 10. 11). Chlodov. cap. pacto l. Sal. add. c. 9. (P. II. p. 5) ꝛc. Mein Wendepunkt ꝛc. S. 171—173. 178—180. A. M. Jarcke I. 237. n. 13.

10) Cropp in d. krim. Beitr. II. 371. n. 24. s. auch Kais. R. II. 62. Wirt. LO. Tit. 89. §. 16. 91. §. 2. 92. §. 13. 99. §. 8. 16. 131—133. (vgl. Hofacker Jahrb. II. 10 f.).

11) Gold. B. c. 24. §. 6 (vgl. übr. Knorr im N. Arch. 1840. S. 482). R. Münz. O. 1559. §. 161—163. R. P. O. 1548 u. 1577. Tit. I. §. 2. 4. 5. vgl. besondere Fälle R. K. G. Vis. Absch. 1713. §. 46. R. Schl. 1731. §. 2.

12) Carpzov. qu. 134. n. 66—70. (was er n. 60—65 anführt, gehört nicht hierher). Böhmer obs. 5. ad h. l.

13) Böhmer Med. ad art. 177. §. 7. Kress ad art. 177. Quistorp §. 62.

für Nichtanzeige schwerer (mindestens zuchthauswürdiger) Verbrechen [1]), das sächs., würtemb., braunschw., thüring. [2]) in der Regel nur, wenn man den Thäter kennt und weiß, daß ein Unschuldiger in Untersuchung gezogen, resp. verurtheilt oder unvollkommen freigesprochen ist, das hannövr. u. hess. GB. [3]) nur beim Hochverrath, das bad., östr. und preuß. dagegen keine [4]). Immer sind jedoch nahe Angehörige ausgenommen, theilweise auch Geistliche, denen in der Beichte ein begangenes Verbrechen anvertraut worden ist [5]), und Defensoren [6]).

B) Beihilfe und intellektuelle Urheberschaft.

§. 92.

Die Mittel, deren sich das handelnde Subjekt bedienen kann, sind nicht bloß Naturkräfte, deren Wirkung nach dem Kausalitätsgesetze berechnet und verwandt werden können, sondern auch die Willen andrer freien Subjekte, die zwar eben als selbst freie nicht nezessitirt, aber doch zu einer aus eigener Selbstbestimmung hervorgehenden Theilnehmung determinirt werden oder selbst sich anschließen können. Der Begriff der Urheberschaft erschöpft daher (§. 89) den des handelnden Subjekts nicht, sondern theilt sich in die freie Kausalität der Handlung mit andern mithandelnden Subjekten, Theilnehmern. Theilnahme wird nämlich begründet durch Zusammenhandeln und setzt irgend welche Mitwirkung zur Hervorbringung einer bestimmten Handlung voraus (§. 91). Sofern nun Theilnahme stets eine auf die Einheit einer That bezogene (solidarische oder nicht solidarische) Gemeinschaft verschiedener Willen involvirt, kann sie nur durch Absicht, nicht durch culpa entstehen, weil diese die direkte Richtung des Willens auf die That und eben damit den möglichen Gegenstand der Theilnahme ausschließt. Die Elemente der Theilnahme sind Beihilfe und intellektuelle Urheberschaft.

1) Die neuere Wissenschaft und Gesetzgebung neigt sich immer mehr dahin, unter Theilnehmern überhaupt alle zur Hervorbringung eines bestimmten Ver-

1) vgl. Arnold N. Arch. 1843. S. 252.

2) Sächs. Art. 40. s. aber auch Art. 86. und Weiß S. 188. vgl. Entw. Art. 67. Wirt. Art. 94. s. aber auch Art. 143. 213. 216. Der Art. 94 ist aufgehoben, dagegen bestehen die beiden besondern Ausnahmen noch, erstere jedoch in modifizirter Weise. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 16. 21. Braunschw. §. 48. Thüring. Art. 38. s. aber auch Art. 82.

3) Hann. Art. 126. Hess. Art. 134. 138. Willkührliche Behauptungen s. bei Breidenbach I, 2. S. 420.

4) Ebenso bair. Entw. Art. 54.

5) Wirt. Ges. 13. Aug. Art. 21. u. Gb. Art. 213. 216. j. Art. 93. 94. Thüring. GB. Art. 40.

6) Gönner Jahrb. d. Gesetzgeb. I. 97—112. Wirt. Strafproz.O. Art. 195. 3. Thüring. Art. 176. s. auch Hepp N. Arch. 1837. S. 30 f. 1849. S. 292 f. 1851. S. 60 ff. (unbedeutend). Das Zürch. GB. bestraft nur dolose Nichtanzeige von Seiten öffentlicher Beamten oder Bediensteten (§. 58 j. 55).

brechens irgendwie Mitwirkenden zu verstehen [1]). — Jedenfalls müssen aber unter Theilnehmern, wenn nicht der Begriff ebenso vag und unjuristisch wie der des bloß faktischen Urhebers sein soll, nur freiwillige d. h. solche verstanden werden, denen ihre Handlungen zugerechnet werden können (s. unten) [2]). Der Ungedanke vollends [3]), auf das Verhältniß der Theilnehmer zu einander die Kategorie der Kausalität anzuwenden, ist ganz zu verwerfen. Der Satz, daß wahre Theilnahme nur durch dolus, nicht durch culpa begründet werden könne [4]), ist nur von Wenigen bestritten [5]), und aus unzureichenden Gründen. Manche wenden nur überhaupt den Begriff der Theilnahme auch auf kulpos neben einander Handelnde an, ohne sich das Wesen der rechtlich allein bedeutsamen Theilnahme, das bewußte Zusammenhandeln auf Ein Ziel, wodurch eine Willensverbindung entsteht, klar zu machen [6]). Andre lassen sich noch überdies durch die an sich ganz richtige Beobachtung irreführen, daß auch wirkliche Theilnehmer hie und da bloß wegen culpa verantwortlich werden [7]). Allein letzteres (z. B. bei Mandatsexzessen) geschieht eben durch den Theilnehmer als solchen nicht, sondern er überschreitet damit das Theilnehmerverhältniß, das der von vornherein kulpos Handelnde gar nie betritt.

2) Im Grundcharakter des römischen Rechts lag es, die Theilnehmer am Verbrechen unter gemeinschaftlichen Ausdrücken zusammenzufassen, bald mit Einschluß des Thäters, bald im Unterschiede von diesem (unius facinoris rei, in eadem causa obnoxii, consortes, participes, socii, conscii, facinus communiter commissum ꝛc.) [8]); es wurde wohl auch zuweilen die bloße Begünstigung darunter begriffen. Seinem ethisch-politischen Standpunkte gemäß (§. 69 Anm. 2) stellte es nämlich die verschiedenen Theilnehmer (theilweise selbst bloße Begünstiger) in der Strafbarkeit einander gleich [9]). Erst in der späteren Kaiserzeit kommen einzelne Abweichungen (wie beim Versuch s. o.) vor [10]). — Hiemit im geraden Gegensatze steht

---

1) Geringfügige Einwendungen s. bei Birnbaum N. Arch. 1842. S. 1—60. Hepp eb. 1846. S. 325 f. Zachariä eb. 1850. S. 270 f.

2) N. Rev. S. 510—513 und die dort Angef.

3) so Berner; s. dag. auch die richtige Bem. von Luden Hdb. I. 455. n. 3.

4) Hie und da wird er freilich gar nicht oder mangelhaft begründet. s. z. B. Luden Abh. II. 336. 349. n. 1. Heffter §. 79. n. 3. Bauer Abh. I. 412. n. **).

5) Vorst im N. Arch. VII. 670 f. Hepp eb. 1846. S. 348 f. Luden Hdb. I. 439. n. 2. s. auch Quistorp §. 56. Tittmann I. §. 104. Martin §. 75. n. 4. 5.

6) s. z. B. Martin §. 75. Marezoll S. 118. 121. s. dag. N. Rev. §. 138. 141. 143. Berner S. 212—214. 270—272. 353 (wo sich eine schale Diatribe gegen die N. Rev. findet).

7) Hepp a. a. O.

8) Paul. V, 14, 1. 2. L. 6 §. 4 C. de his qui ad eccl. (1. 12). l. 4. 16 C. de quaest. (9. 41). L. 11 C. de testib. (4. 20). L. 3 C. de Judaeis (1. 9). L. 3 C. de abolit. (9. 42). L. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). L. 1 §. 19. 20. 27 D. de quaest. (48. 18). L. 17 C. de accus. (9. 2). L. un. C. de Nili agg. (9. 38). Dirksen Manuale. Birnbaum a. a. O. vgl. aber Rein S. 197—199.**

9) Dies nehmen die Meisten an. A. M. Schnell de poen. mitiorib. in socios ꝛc. 1809. Hepp im N. Arch. 1846. S. 317 ff., nur scheinbar auch Rein S. 185—189.

10) §. 8. 9 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 3 §. 3. 4 D. de incend. (47. 9). L. 8. 9 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). L. 6. 7 D. ad l. Pomp. (48. 9). L. 9 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 5 C. ad l. Jul. maj. (9. 8) ꝛc. ꝛc. (Rein

das germanische Recht, welches den objektiven Gesichtspunkt vorwiegen läßt. Das Wesentliche gegenüber dem römischen Recht besteht darin, daß zunächst überhaupt Unterschiede unter den verschiedenen Arten der Theilnahme gemacht wurden [1]). Diese Unterschiede sind nun aber freilich von vorn herein nicht die aus dem Wesen der Sache sich ergebenden [2]), zu deren Entwicklung es vielmehr erst der Befruchtung des germanischen Rechts mit den römischen und kanonischen Begriffen bedurfte. Sie sind aber auch ebensowenig rein objektiver oder materieller Art, so daß ganz von der Absicht abstrahirt würde [3]). Vielmehr bildet das subjektive Moment stets die stillschweigende Voraussetzung [4]), und es ist nur die Rohheit und Kindlichkeit der Auffassung, welche die objektive Kausalität in den Vorgrund bringt. Hiernach steht denn namentlich die intellektuelle Theilnahme in der Strafbarkeit in der Regel stets gegen die physische zurück [5]). Desgleichen werden die physischen Theilnehmer in der Regel nicht mit gleichen Strafen bedroht [6]). Vielmehr ist das Gegentheil die Regel, so zwar, daß die Urheber, Hauptunternehmer, Anführer, die das Hauptinteresse bei der That haben oder die Hauptwirksamkeit ausüben, stets strenger bestraft werden, als die Uebrigen [7]). Besonders bezeichnend tritt die Unterscheidung des Urhebers und näherer und entfernterer Gehilfen in den Bestimmungen über die in Gefolgschaft verübten Verbrechen hervor [8]). Eigenthümlich ist namentlich die mehrfach vorkommende Bestimmung, daß immer nur eine bestimmte Anzahl von Theilnehmern nach diesen stehenden Rubriken verantwortlich gemacht werden solle [9]). Gerade das

---

a. a. O.) vgl. l. un. §. 2 C. de raptu virg. (9. 13). l. un. C. de Nili agger. (9. 38).

1) d. h. praktische, nicht bloß in Worten bestehende, wie sie vom röm. Recht Birnbaum namhaft gemacht und Hepp a. a. O. S. 317—325 auch als praktisch hat geltend machen wollen. — A. M. in Beziehung auf das german. Recht ist in offenbarer Unkenntniß des Sachverhalts Jarcke I. 222.

2) Neuerdings sucht Luden den überwundenen Standpunkt des germ. Rechts mit übel angewandtem Scharfsinn zu repristiniren.

3) Gegen diese rohe Auffassung s. §. 48. Anm. 2. vgl. auch Ziegler Theilnahme &c. S. 48 ff., der aber sehr unklar ist.

4) Dies liegt klar darin, daß die intellektuelle Mitwirkung überhaupt für strafbar erklärt wird.

5) Ed. Roth. 10. 11. L. Liutpr. 71. 134. L. Wisig. VI, 5, 12. i. f. L. Sal. em. XLIII. 12. L. Fris. tit. 2. (Rogge S. 26 f. v. Woringen S. 49 f. Wilda S. 631. n. 1), woraus die bloß subsidiarische Haftung hervorgeht. Ausnahmen in L. Burg. LXXX, 3. L. Sal. em. LVII, 6. (nicht auch XXX, 1). L. Liutpr. 63. vgl. Wilda S. 627—635 mit Rosenviege II. §. 157 und Casse de autor. psychol. p. 117 sq.

6) Ausnahmen in nordischen Rechten s. bei Wilda S. 624. L. Sal. em. XVI, 1. 3 zeigt gerade die Regel. Die hie und da den Theilnehmern verstattete freiwillige Repartition der Buße unter sich beweist nicht, daß man sie für gleichstrafbar angesehen habe. s. Ed. Roth. 312, j. 12. 268. vgl. Aelfreds Ges. c. 19 pr. §. 1. L. Alam. c. 45. Wilda S. 625—627. Strenger war man beim Diebstahl. L. Sax. IV, 8. L. Rip. XVIII, 1. Unrichtig ist die Auffassung b. Zöpfl RG. II, 2. S. 402.

7) L. Bajuv. II, 3. Capit. a. 805. c. 10 (P. I. p. 133).

8) s. die b. Wilda S. 609 f. angef. nord. Rechte, u. L. Sal. em. XIV, 1—4. XLIV, 1. 3. — XLV, 3. L. Rip. 34. 64. L. Angl. X, 9. L. Fris. XVII. 4. Ed. Roth. 19. 253.

9) Aehnlich ist das Auskunftsmittel in einem andern Falle. L. Sal. em. XLV, 1. 2. s. auch L. Sal. Herold. XLII, 3. vgl. L. Rip. XVIII, 1. s. über das Contubernium Wilda S. 619 f. und die dort Angef.

Schema beweist aber die Grundansicht, daß nach dem Maße der geleisteten physischen Thätigkeit abgestuft werden müsse [1]). Nur kommen nicht immer gerade 3 oder 4 Klassen, sondern hie und da bloß zwei Klassen vor, nämlich solche, die bloß gegenwärtig gewesen sind, und solche, welche irgendwie mitgewirkt haben und sofort dem Urheber gleichgestellt werden [2]). Ueberdies findet sich auch die weitere (einen Fortschritt bildende) Modifikation [3]), daß die Vereinigung zu einer Gefolgschaft als besondres Moment herausgehoben und daneben die von jedem Einzelnen ausgeübte Thätigkeit für sich gewürdigt oder in Verbindung mit den Akten der Uebrigen aufgefaßt wurde [4]). — Im MA. scheint es dagegen theilweise Rechtsansicht gewesen zu sein, daß alle Theilnehmer (auch intellektuelle) mit gleicher Strafe zu belegen seien (über Begünstigung s. o.), so namentlich der Anstifter und der physische Urheber, sowie die Gehilfen bei Diebstahl, Raub und Nothzucht, (Entführung) [5]). Auch findet sich wohl der Grundsatz geradezu ausgesprochen, daß alle Förderung mit Rath oder That der That gleich zu strafen sei [6]). Gleichwohl stellen wenigstens die Rechtsbücher den Grundsatz der gleichen Strafbarkeit der Beihilfe mit der That selbst nur bei den angef. Verbrechen auf, während sie anderwärts beides, und zwar die That selbst einer=, die Beihilfe und den Rath andrerseits, wohl unterscheiden, nur daß der Schwab. Sp. die, welche einen während der Verwundung hielten, den Verwundenden gleichstellt [7]). Ebenso zeigen auch Partikularrechte, daß man nicht nach durchgreifenden Prinzipien verfuhr [8]). — Jedenfalls erhielt sich im deutschen Rechte wenigstens theilweise die Ansicht, daß nicht alle Theilnehmer gleich zu strafen seien, und daß bei verschiedenen physischen Theilnehmern nach dem Maße ihrer Wirksamkeit unterschieden werden müsse [9]). — Mit Unrecht wird jedoch häufig angenommen, daß

---

1) s. bes. L. Sal. em. XIV, 1 sq. XLIV, 1. 3. XLV, 3. j. L. Rip. 64. L. Alam. Cap. add. 42. Erik II. seel. Ges. b. Wilda S. 623.

2) L. Sal. Her. XIV, 13. vgl. die nord. Rechte bei Wilda S. 611. n. 4—6.

3) vgl. Ed. Roth. 19. L. Bajuv. III, 8. §. 1. L. Rip. 64. u. bes. die bei Wilda S. 624. n. 1. angef. Stellen. s. auch L. Liutpr. 134.

4) vgl. L. Rip. 64. u. L. Sal. Her. XIV, 13.

5) Sächs. LR. II, 13. §. 4. 6. III. 1. §. 1. (über II, 13. §. 4. s. Homeyer a. E. Ziemann Wörterbuch S. 629). Schwäb. LR. c. 171. 174 (vgl. Klenze S. 53 unt. Haberlin Sp. Sax. rc. j. crim. p. 70—72. Luden Abh. I. 364—366) 227. 251. Henr. R. treuga 1230. art. 6. (P. II. p. 267). Die Formel Rath und That s. Sächs. LR. II, 72. §. 4. III, 78. §. 9. Anstiftung Auton. v. Speier b. Lehmann IV. 16. nr. 34. Berner Handfeste 1218. c. 33 (Gaupp II. 51). Freiburg. Handf. 1249. c. 60 (G. II. 94). Stadtr. v. Dattenried 1358. c. 17. (Gaupp. II. 179).

6) Gosl. Stat. Göschen. p. 38, 16. 25. p. 42, 30—34. p. 47, 34—36. Rechtsb. n. Dist. IV, 9, 1. 2. IV, 10, 4. 6. vgl. IV, 8.

7) Sächs. LR. III. 46. §. 2. Schwäb. LR. c. 312. (vgl. Haeberlin Spec. Sax. rc. jus crim. p. 2. 3. u. Luden Abh. II. S. 375. n. 1. S. 392. n. 1.)

8) Auton. v. Speier b. Lehmann IV, 16. n. 8. 9. (vgl. 10) 15. Bamb. Stadtr. §. 156. 157. 166. vgl. Stadtbuch nr. 50. 54. 106 a. 109. 110 b. Zöpfl (vgl. S. 129. 130). Ruprecht II. c. 5. 6. Note 2 bei Maurer S. 272. vgl. I. c. 113. Rößler Prager Stadtr. Rb. 33. 35. 57. 74. Stat. 52. Münchn. Stadtr. 355. Enser Stadtr. 1212. c. 26. (Gaupp II. 223). Brünner Schöffenbuch (Rößler) nr. 272. 382. 485. 546. 709. 725 (S. 126. 173. 226. 259. 323. 330). Stadtr. nr. 52. 54 (S. 358. 359). nr. 69 (S. 360). Schöffensatz. nr. 218. (S. 399).

9) vgl. N. Rev. S. 474—477.

diese Ansicht auch vom kanonischen Rechte adoptirt worden sei [1]). Denn die betr. Stelle [2]) legt nicht auf das Maß der äußeren Wirksamkeit das Gewicht, sondern auf den animus; sie vermittelt also die deutsche Ansicht mit der römischen, indem sie geringere Strafbarkeit für diejenigen ausspricht, welche das Verbrechen nicht für sich, als ihre That begehen, sondern nur Andre in dessen Begehung unterstützen wollen. Wie sehr das kanonische Recht gerade auf den animus des Theilnehmers als die Hauptsache sah, zeigen seine Bestimmungen über Anstiftung, Genehmigung und dolose Nichtverhinderung [3]). Weiter in's Einzelne geführt wurde der Vermittlungsprozeß durch die namentlich den einseitig moralischen Standpunkt des kanonischen Rechts mehrfach beschränkende italienische Doktrin, welche im Wesentlichen die Sätze aufstellte, daß intellektuelle und physische Theilnahme zu unterscheiden sei; bei jener sei Mandat und consilium zu unterscheiden und ersteres stets, letzteres dann mit der poena ord. zu belegen, wenn der Thäter außerdem nicht zur That geschritten wäre; bei der physischen Theilnahme seien Urheber und Gehilfen zu unterscheiden, und bei letzteren wieder die den Urhebern gleichzustellenden, qui causam praebuerunt, von den übrigen. Uebrigens seien im Fall des Komplotts auch die letzteren den Urhebern gleich zu strafen [4]). — Die P.G.O. spricht sich mit Entschiedenheit nur über Anstiftung und Komplott aus, in welchen Fällen sie den subjektiven Gesichtspunkt des römischen und kanonischen Rechts in sich aufnimmt [5]). In Beziehung auf die Beihilfe dagegen sagt sie nur (Art. 177), daß sie in einem Fall härter denn im andern bestraft werden solle (nach dem Rathe der Rechtsverständigen). Die Bestimmung ist aber um ihrer Allgemeinheit willen einer sehr verschiedenen Auslegung fähig und daher auch wirklich theilhaftig geworden (s. §. 93. Anm. 2). Soviel ist jedenfalls seitdem in Doktrin und Gesetzgebung Grundsatz geblieben, daß nicht alle Arten von Theilnahme ohne Weiteres gleich zu strafen seien, wenn gleich mit sehr bedeutenden Abweichungen im Einzelnen [6]). Damit hängen denn einige noch immer übliche Eintheilungen der Theilnahme zusammen: a) Vertragsmäßige (verabredete) und nicht vertragsmäßige (nicht verabredete) [7]), welche Eintheilung allerdings wenigstens relativ wichtig wird; b) Dolose und kulpose (s. Anm. 1), versuchte und vollendete (s. unten.) c) vorhergehende [8]), gleichzeitige und nach-

---

1) s. schon die ital. Praktiker, z. B. Gandinus de malef. R. de homicid. n. 7 und mehrere der bei Farin. qu. 130. n. 42 Angef. Mittermaier N. Arch. III. 145. n. Henke I. §. 76. n. 10. Schröter §. 149. Martin §. 82. n. 7. Luden Abh. II. 342. n. 3. Marezoll S. 186. n. 3. Ziegler Theilnahme S. 52. 53.

2) Cap. 6 X. de homic. (V. 12). vgl. Kress ad art. 177. Jarcke I. 222. n. 3. N. Rev. S. 477. 478.

3) Cap. 1. 3 de homic. in 6⁰ (V, 4). C. 5 de poenis in 6⁰ (V. 9). c. 6 §. 3. c. 18 X. de homic. (V. 12). — Csa. 2. qu. 7. c. 55. — Csa. 23. qu. 3. c. 7. 11. — c. 23 in 6⁰ de sent. excomm. (V. 11). vgl. Clar. §. fin. qu. 87. n. 3.

4) Gandinus l. c. J. Clarus §. fin. qu. 88—90. u. bes. Farinac. qu. 96. 129—132. vgl. Damhouder c. 133.

5) Art. 107. 148. AM. Mittermaier im N. Arch. III. 145. 146. Luden Abh. II. 343—346. 367—369. s. dag. N. Rev. S. 477.

6) Das deutsche Recht unterscheidet sich hiedurch mindestens im Prinzip vom französischen. Hélie II. p. 58—144. Rauter I. p. 204 sq.

7) Nebenher legten darauf schon die älteren ital. und deutschen Schriftsteller Gewicht. Als Haupteintheilung erscheint sie bei Luden Abh. I. 453 f. s. jedoch Ziegler S. 56. 57. u. Luden selbst Hdb. I. 443. n. 3. 4.

8) gegen Berner S. 167 s. Luden Hdb. I. 451. n. 1.

folgende (§. 91); besonders aber d) verschiedene Eintheilungen, die allesammt darin übereinstimmen, daß sie bloß quantitativer Natur sind, übrigens auf sehr verschiedene Art näher bestimmt werden, so namentlich: gleiche und ungleiche Theilnahme [1]), — concursus plenus und minus plenus [2]), concursus proximus und remotus [3]), Haupt- und Nebentheilnahme [4]).

1. Beihilfe.

§. 93.

Beihilfe ist die bewußte, absichtliche Unterstützung der Ausführung der verbrecherischen Absicht eines Andern. Wesentlich ist ihr daher stets die Selbstbestimmung zu einem Handeln, das ursprünglich durch einen Andern (den Urheber) bestimmt wird, mithin zu einem relativen Bestimmtwerden, Sichbestimmen lassen (§. 89). Unmittelbar tritt dies bei dem angestifteten Gehilfen hervor. Freier dagegen erscheint schon der selbständig hinzutretende Gehilfe, während die intellektuelle Beihilfe sogar den Uebergang zur Anstiftung macht. Immer setzt Beihilfe das Dasein eines Urhebers voraus, und ihr Begriff erscheint gegenüber dem der Urheberschaft als ein abgeleiteter und bestimmter, wenn auch keineswegs selbstloser. Die Beihilfe bildet einen geringeren Schuldgrad, eben weil der Gehilfe das Verbrechen nicht für sich begehen, sondern nur seine Begehung durch den Urheber auf irgend eine (wenn auch in concreto unentbehrliche) Weise fördern will. N. Rev. §. 135 [5]).

1) Die älteren italienischen und deutschen Kriminalisten (namentlich noch Karpzov) lassen den Begriffsunterschied zwischen Urhebern und Gehilfen noch

---

1) Böhmer med. ad art. 177. §. 2. Püttmann Elem. §. 50. Stübel Thatbest. §. 42. Erhard Hdb. d. chursächs. peinlich. Rechts. §. 95. vgl. Tittmann I. § 104. Martin §. 78. n. 1. §. 81. n. 6. Henke I. §. 45.

2) Quistorp §. 55. 56. vgl. Grolman §. 32. Klein §. 139.

3) Stübel Thatbest. §. 19—31. Henke I. §. 45. Kleinschrod I. §. 198. Martin §. 78. vgl. Grolman §. 37. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 156 f. Lb. §. 50. Tittmann I. §. 104. Schröter §. 149. n. 1. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 87.

4) Klein §. 138. Kleinschrod a. a. O. Tittmann a. a. O. vgl. Luden Abh. II. 391 f. Martin §. 78 a. E. Feuerbach §. 44. Heffter §. 82—84.

5) Liter. zu §. 89. Außerdem s. noch v. d. Kemp de eo qui delinqu. est socius. 1790. v. Kessenich de sociis in crimine. 1823. Gevers de sociis delinqu. 1824. Konopack im A. Arch. VII, 3. S. 297 f. Gönner Jahrb. I. 89 f. — Die Darstellung der Lehre bei Berner S. 209—268 kann nicht als eine Bereicherung der Wissenschaft und noch weniger als praktisch gelten. Abgesehen von der widersinnigen Benützung der Kategoricen der Substantialität und Kausalität überhaupt, ist es barock, die Beihilfe unter beiden figuriren zu lassen, ohne daß sie dabei an ihrer Natur das Mindeste ändert. Der Abschnitt: Anstiftung zur Beihilfe ist ein mühsames Konglomerat von lauter Wiederholungen. Der weitere: intell. Beihilfe steht aber als selbständiges Glied ebenso unberechtigt da ꝛc. ꝛc.

ganz auf sich beruhen [1]), wie sie auch die physische und die intellektuelle Beihilfe meist noch abgesondert von einander besprechen [2]). Sie nehmen die Begriffe noch unbefangen aus dem gemeinen Leben auf, und stellen dem Thäter die auxiliatores entgegen. Von diesen fragen sie dann, ob sie allesammt mit der poena ordinaria zu belegen seien oder nicht? Abgesehen nun von der Beihilfe nach der That, von der sie bereits ganz richtig einsahen, daß sie nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden müsse (§. 91. Anm. 1), entschieden sie sich dahin, daß bloße auxiliatores geringer zu strafen seien, als die facientes, jedoch nur dann, wenn ihre Thätigkeit nicht selbst causam praebens gewesen sei [3]). Hiebei hat es im Wesentlichen auch Karpzov gelassen, nicht ohne Widersprüche im Einzelnen [4]). Ebenso halten auch Spätere an dem Grundsatz fest, jedoch mit verschiedenen Abweichungen. So will z. B. Kreß die Beihilfe ante delictum nie als auxilium cooperativum betrachtet wissen, Berger dagegen will es, und Böhmer meint, Beihilfe in ipso actu werde in der Regel concursus proximus sein [5]). Seitdem man nun philosophische Studien auf das Strafrecht anzuwenden anfieng, gieng man wenigstens insofern weiter, als man sich zu dem allgemeineren Begriff der Theilnahme oder Mitschuld erhob und innerhalb des Kreises der Mitschuldigen sofort socii aequales und inaequales, concursus proximus und remotus, concursus plenus und minus plenus, causae principales und secundariae, Miturheber u. Gehilfen, Haupt- u. Nebentheilnehmer unterschied [6]). In diesen Wirrwarr von Bezeichnungen und Vorstellungen suchte Stübel Ordnung zu bringen, übrigens ganz an dem Prinzip der abstrakten objektiven Kausalität festhaltend [7]). Er unterschied nahe Theilnahme (Urheberschaft) und entfernte (Beihilfe), und rechnete zu ersterer alle bei und während der Verübung des Ver-

---

1) AM. Roßhirt Entw. S. 253. Ziegler S. 52. n. 3. s. dag. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 26—36. Heffter §. 83. n. 3. §. 84. n. 2.

2) s. Clarus §. fin. qu. 88. 90. Farinac. qu. 129—132. vgl. Carpzov. qu. 87. n. 2.

3) Dabei waren freilich noch Streitigkeiten über actus proximi und remoti, causae proximae und remotae u. dgl. Indessen stellte sich die communis opinio dahin fest, daß es darauf ankomme, ob der Thäter ohne die Beihilfe die That hätte vollbringen können oder nicht? s. die Liter. bei Farinacius qu. 130. n. 42 sq. qu. 131. n. 40 sq. vgl. Damhouder c. 133. n. 3.

4) qu. 37. n. 61. vgl. qu. 87. n. 10 sq. Hier fordert er bei der Beihilfe vor der That zweierlei: ein auxilium actui proximum und ein aux. cooperativum. Bei der Beihilfe in ipso actu dagegen verwirft er die Distinktionen des Farin. (n. 33), stellt sie aber gleich darauf (n. 33. 34) selbst auf, ja er fordert hier zur poena ord. sogar nicht bloß ein aux. cooperativum, sondern sogar ein Komplott! vgl. noch qu. 89. n. 48 sq.

5) Kress ad art. 177. p. 646. Berger Electa I. p. 10. 11. Böhmer Med. ad art. 177. §. 8. Quistorp §. 56. vgl. Muyart de Vouglans und Jousse b. Hélie II. 86 citt.

6) Böhmer l. c. Quistorp §. 54—56. Schmidt de concursu, 1784. Eisenhardt de vera crim. socii not. p. 55. Püttmann Elem. §. 50. Chr. F. G. Meister princ. §. 41. G. J. F. Meister princ. §. 41 sq. Westphal de consortib. §. 26. Klein Grundს. §. 138. Kleinschrod I. §. 198.

7) Thatbestand §. 29—31. 36—38. 40. 43—54. In seiner späteren Schrift schließt er sowohl Begünstigung als Nichtverhinderung von der Mitwirkung aus, giebt aber andererseits dieser noch einen größeren Umfang als früher, so daß für die Beihilfe nur noch ein wunderlich abgesparter Rest übrig bleibt. Theilnahme §. 36. 37. 39—44.

brechens geleistete Thätigkeit (als mitwirkende Ursache); auch die entfernte Theilnahme soll aber in Urheberschaft übergehen, wenn von ihr die physische Möglichkeit der Vollbringung eines Verbechens abhänge und in dem entfernten Theilnehmer die nothwendige Ursache desselben liege, daher ferner volle und nicht volle, oder Haupt- u. Nebentheilnahme unterschieden und als Beihilfe nur noch die entbehrliche Herbeischaffung von Mitteln od. Hinwegräumung von Hindernissen (nebst der Begünstigung) übrig gelassen wurde. — Gegen diese aus einem richtigen Bewußtsein über die Natur der Nothwendigkeit im Endlichen entsprungenen, aber auf halbem Wege stehen gebliebenen Bestimmungen wurde von Mehreren polemisirt [1]), relativ mit Recht, aber doch wieder unrichtig insofern, als die Gegner selbst von der Fessel des Prinzips der abstrakten objektiven Kausalität sich mehr oder weniger nicht loszumachen wußten. Mit äußerster Schroffheit, aber freilich nicht ohne manche Widersprüche, wurde dieser Gesichtspunkt bei der Theilnahme überhaupt neuerdings wieder durchzuführen gesucht von Luden, der jedoch einige der auffälligsten Behauptungen neustens selbst zurückgenommen und sich der richtigen Ansicht um ein Gutes genähert hat [2]). Alle diese Auffassungen haben den gemeinsamen Mangel, den Unterschied von Urheberschaft u. Beihilfe (voller u. nicht voller Theilnahme) nach bloß quantitativen Momenten bestimmen zu wollen [3]) und hiebei die Natur der Nothwendigkeit in der Sphäre des Endlichen zu verkennen. Wie schon der Begriff der Urheberschaft an sich nicht lediglich nach dem Prinzip der objektiven Kausalität und mit Abstraktion von der Subjektivität sich bestimmen läßt (§. 90. Anm. 2), so — und noch viel weniger ihr Unterschied von der Beihilfe. Soll bloß die größere oder geringere äußere

---

1) Feuerbach Revis. II. 263 ff. Lb. §. 44. 45, kommt über den Unterschied von Haupt- und Nebenursache nicht hinaus, und hilft sich durch die Aufstellung des „Hauptgehilfen-Urheber" (vgl. Kleinschrod I. §. 198. Grolman §. 38. Henke I. §. 45). Oersted Grundreg. §. 27 berührt ganz richtig das punctum saliens, kommt aber über die obj. Kausalität nicht hinaus und will endlich Beihilfe vor der That geringer, bei der That mit der poena ord. gestraft wissen. Auch Tittmann N. Arch. II. 374 ff. u. Hdb. I. §. 101. 102. 104 kann sich von der fraglichen Abstraktion nicht losmachen. Ebenso Jarcke I. §. 36. (s. jedoch S. 224). Salchow Darstellung I. §. 44—52. 118 (der übrigens der richtigen Auffassung sehr nahe kommt), Martin §. 79—81 (der soweit geht, den Urheber als in concreto unentbehrliche Ursache zu definiren, wodurch alle Beihilfe in Miturheberschaft aufgelöst würde), Marezoll S. 121. n. 1. S. 125. n. 2. Roßhirt Entw. S. 258 ff.

2) Abh. II. 332—395. s. dag. Ziegler S. 60. n. 1. (unklar). Berner S. 311—328. N. Rev. S. 470—472. 522—529. vgl. Luden Hdb. I. 436. n. 2. S. 462. n. 2. S. 470—474, s. aber auch S. 350. n. 3. Wenn er übrigens seine wunderliche Theorie von der Entstehung aller Theilnahme durch Aneignung einer fremden Absicht aufgegeben hat, so ist es ihm (Hdb. I. 435—438) geglückt, eine kaum minder sonderbare an ihre Stelle zu setzen. Subjektiv, sagt er, seien Urheber und Theilnehmer gleich schuldig, weil beide das Verbrechen nur durch verschiedene Mittel hervorbringen wollen. Allein objektiv bestehe der Unterschied darin, daß der Urheber causa des Erfolgs sei, der Theilnehmer dagegen nicht („nicht wirklich, nicht objektiv, sondern nur subjektiv, in seiner Vorstellung, seiner Erwartung, daß der Andre infolge der Theilnahmehandlungen das Verbrechen wirklich hervorbringen werde"). Nunmehr soll also die Beihilfe sogar nicht einmal mehr Nebenursache, mittelbare, sondern ganz und gar nicht mehr Ursache, d. h. der Gehilfe soll wegen nuda cogitatio, wegen eines Irrwahns strafbar sein.

3) In diesem Labirinthe treiben sich auch die französischen Schriftsteller noch immer herum. s. z. B. **Rossi** II. c. 34 sq. **Hélie** III. 68—94.

Wirksamkeit für den Erfolg entscheiden, so entsteht ein Progreß in's Unendliche, dem nur die Willkühr Grenzen stecken kann. Die einzig schickliche Grenze wäre die Unterscheidung zwischen der Unentbehrlichkeit oder Entbehrlichkeit der That in concreto. Allein auch diese beruht auf Willkühr [1]). Denn bei einem bestimmten Erfolg ist ebensowohl Alles nothwendig, wie Alles zufällig. Auch hat die Praxis gezeigt, daß mit jenen quantitativen Bestimmungen Urheber in Gehilfen und Gehilfen in Urheber verwandelt werden [2]); und die Auskunft [3]) mit Aufstellung eines Hauptgehilfen ist, abgesehen von ihren sonstigen Mängeln [4]), eben auch nur eine Konsequenz eines falschen Prinzips. Vielmehr ist jene ganze falsche Abstraktion aufzugeben und der Unterschied des Gehilfen vom Urheber auf die im §. angegebene Weise zu bestimmen [5]). Der Gehilfe will nur die Ausführung einer fremden Absicht befördern, ohne diese Absicht sich selbst anzueignen [6]). —

2) Daß die Beihilfe einen geringeren Schuldgrad bildet, als die Urheberschaft, liegt in dem eben Ausgeführten [7]). Zugleich ergiebt sich eben daraus, daß es unrichtig ist, die römischrechtliche Gleichstellung der Urheber und der Gehilfen in der Strafe aus dem subjektiven Standpunkte überhaupt abzuleiten [8]). Sie folgt nur aus der abstrakten (von der Objektivität ganz absehenden) Festhaltung dieses Standpunktes bei den Römern [9]). Ebensowenig läßt sich die geringere Strafbarkeit des Gehilfen aus dem abstrakt objektiven Standpunkt, wie ihn das germanische Recht einnahm, bewähren [10]). Vielmehr führt dieser Standpunkt, in seiner Abstraktion folgerichtig festgehalten, sogar unaufhaltsam zu dem andern Extrem, wie es im römischen Recht vorliegt, hinüber [11]). Auch ist das deutsche Recht auf jenem unreifen Standpunkte keineswegs stehen geblieben,

---

1) s. Stübel selbst (Theilnahme). Tittmann im N. Arch. II. 377 ff. Henke I. §. 45.

2) v. Gönner Jahrbücher I. 79 ff.

3) Dieselbe erscheint bei Feuerbach mit Beziehung auf §. 46. n. 2. als ein Luxus.

4) Schröter §. 135. n. 2. Salchow Darstellung I. §. 48. 118. Kleinschrod I. §. 198. Grolman §. 38. Luden Hdb. I. 471. n. 3. Mit Unrecht schließt sich Heffter §. 83. n. 3. an Feuerbach und an Gandinus. s. auch Mittermaier n. 4. z. F. §. 44. Oersted Grundreg. S. 189 f. Bauer Abh. I. 458. vgl. Hufnagel I. 151—153. Morstadt n. 4. z. F. §. 44.

5) Henke I. §. 45. 76. Wächter I. S. 147. 148. Abegg S. 117. 118. (s. aber §. 74!) Heffter §. 84. 98. Bauer Abh. I. 427—429. Müller p. 31—54. Ziegler S. 60—62. 66. 67. Collmann die Lehre vom Strafr. als Theil der Jndizialie. S. 123. Berner S. 234—238. 349—352. N. Rev. S. 465—470. s. auch Zachariä N. Arch. 1851. S. 216. v. Bothmer Erört. II. 134.

6) Unbegreiflich ist, wie Luden Abh. II. 363. n. 1. hiegegen l. 50. §. 1. l. 54. §. 4 D. de furt. (47. 2) anführen mag! Gegen ihn und Stübel Theilnahme S. 93—95 s. N. Rev. S. 471, wornach die von Berner S. 211 preisgegebene Belehrung überflüssig erscheint.

7) N. Rev. S. 471. Breidenbach I, 2. S. 354. 355.

8) so Schröter §. 148. n. 1. Luden Hdb. I. 437. n. 3.

9) Dies ist bei Berner S. 323. 324 nicht gehörig in's Klare gesetzt.

10) Luden Hdb. I. 345. n. 7. 8. S. 435. 436 und Abh. II. 392. n. 1. vgl. S. 364 ff. s. dag. N. Rev. S. 474 ff.

11) v. Schirach im N. Arch. III. 415 f. vgl. die interessante Bem. von Stübel Theilnahme S. 67. Tittmann N. Arch. II. 374 f. Oersted Grundreg. S. 189 ff. Breidenbach I, 2. S. 214.

um so weniger, da sich die Vermittlung schon im kanonischen Rechte angebahnt fand (§. 92. Anm. 2). Zwar hat nun die italienische Jurisprudenz vor — und die deutsche nach der P.G.O. gleichwohl noch immer größtentheils nach dem abstrakt objektiven Standpunkt hin gravitirt (s. o.), und von der P.G.O. selbst (Art. 177) läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, ob sie eben dieser Ansicht gehuldigt oder den reineren Gedanken des kanonischen Rechts habe fixiren wollen [1]). Jene Zeitansicht scheint in andern gleichzeitigen Reichsgesetzen anerkannt zu sein [2]). Auch ist ausnahmsweise in der P.G.O. und andern Reichsgesetzen selbst die gleiche Bestrafung aller Arten von Theilnahme noch erhalten geblieben [3]), desgleichen in Statuten [4]), wogegen andre auch wieder Unterschiede in der Bestrafung in verschiedenen Modifikationen machen [5]). Im Cod. Max. I. 12. §. 6. 7. und in der Theresiana Art. 3. §. 10. 11. herrscht entschieden das Prinzip der objektiven Kausalität und zwar so, daß eine Beihilfe bei der That selbst unbedingt als auxilium causam dans angesehen und der Hauptschuld gleichgestellt zu werden scheint [6]), wogegen bei der Beihilfe vor der That aux. cooperativum und non cooper. unterschieden und letzteres geringer bestraft wird. Am nächsten daran, die wahre Konsequenz des rein objektiven Standpunkts, d. h. die gleiche Strafbarkeit aller Theinehmer zu ziehen, war das preuß. A.LR. [7]) Prinzipiell ausgesprochen [8]) tritt diese Konsequenz hervor im östreich. GB., wie im Code pénal, wenn auch allerdings sofort bei den einzelnen Verbrechen mancherlei Ausnahmen gemacht werden [9]). Im Bair. GB. trat sofort die Feuerbach'sche Theorie in's Leben, jedoch nur theilweise, sofern der Hauptgehilfe unter die Urheber aufgenommen wurde, wogegen die bei F. §. 46. n. 2. heraus=

---

1) Die Ansichten sind darüber sehr verschieden. s. z. B. Mittermaier N. Arch. III. 145. 146. v. Schirach eb. S. 427. Schröter §. 149. Henke I. §. 76. n. 10. Martin §. 82. n. 7. Luden Abh. II. 342. n. 3. Hdb. I. 436. n. 1. Marezoll S. 186. n. 3.

2) s. z. B. Reichsabsch. 1526. §. 8. „sonderliche Förderer".

3) P.G.O. Art. 128. Landfrieden 1522. §. 8, — 1548 pr. §. 2. Tit. 16. §. 1. RA. 1555. §. 46. RA. 1594. §. 41.

4) Chursächs. Konstit. IV. 39. Wirt. Gesetze b. Gerstlacher II. 13. 15. 18. 165.

5) Chursächs. Konstit. IV. 14.

6) vgl. Ther. §. 12, wo dies sogar von der vorher zugesagten Begünstigung ausgesprochen wird (ebenso C. Max. §. 8). Doch legt die Th. §. 11 das Gewicht richtig auf die Absicht. Bei den einzelnen Verbrechen kommt ferner nicht selten eine geringere Strafe auch der gleichzeitigen Beihilfe vor. s. z. B. Art. 56. §. 1 Abs. 3. Art. 57. §. 2. Art. 62. §. 4. Art. 63. §. 7. Art. 65. §. 5 rc. Der C. Max. definirt §. 7. die Beihilfe in ipso actu als Komplott, könnte daher ein auch gleichzeitiges aux. non cooperativum doch wohl nur unter §. 6 stellen (?). vgl. die Anm., die sich ausdrücklich auf Kress berufen, freilich aber auch zu §. 7 den Art. 177 der P.G.O. citiren.

7) II, 20. §. 64. 71. 72. 74. Hiernach kommt bloß eine „überflüssige" Beihilfe mit geringerer Strafe weg. vgl. Collmann Lehre vom Strafr. S. 123.

8) Mit Unrecht halten sich dagegen auf Kitka Zus.treffen rc. S. 1. 2. Berner S. 214 Note *. Hye S. 233. n.**.

9) Hye a. a. O. vgl. Jenull I. 183. 184. II. 226. 227. Hélie II. p. 96. Das englische Recht ähnelt dem bisher in der deutschen Doktrin herkömmlichen, was die physische Theilnahme betrifft, insofern es Beistand in ipso actu stets als prinzipiale, und nur Beistand vor oder nach der That als accessorische Theilnahme betrachtet, übrigens weder jene stets mit der poena ord., noch diese stets geringer bestraft. Stephen Summary p. 7—18.

gehobenen Miturheber formell unberücksichtigt blieben [1]. Abgesehen davon ist der Begriff der Beihilfe (Art. 73) richtig bestimmt. Dem Bair. GB. folgen im Wesentlichen das Wirtemberg. [2], Hannövr. [3], Hess. [4] und Badische [5]. Gerade deshalb aber, weil diese Gbücher den Begriff der Beihilfe ganz richtig aufstellen, sind die Bestimmungen über den Hauptgehilfen offenbare Inkonsequenz [6]. — Eine völlig abweichende Behandlung findet sich im sächs., thüring. und im braunschweigischen GB. [7]. Diese verwerfen geradezu die hier als allein richtig aufgestellte, subjektiv motivirte Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe [8], und fallen vielmehr (nach dieser Seite hin) [9] ganz in die alte Abstraktion der objektiven Kausalität zurück, indem sie annehmen, daß alle gleichzeitige Mitwirkung eo ipso gleiche Theilnahme (Miturheberschaft) sei, von Beihilfe also überall nur vor der That die Rede sein könne (und auch hier nur in Ermanglung eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Komplotts). Abgesehen nun von vielen andern Mängeln dieser Behandlungsweise [10], ist sie vor Allem höchst ungerecht, sofern sie den, welcher bloß die Absicht eines Andern befördert, zum Miturheber stempelt [11]. Sie ist aber ebenso innerlich widerspruchsvoll, indem sie einerseits die in abstracto gleiche Strafbarkeit der sog. gleichen Theilnehmer im Gegensatz zur zufälligen Theilnahme auf eine mindestens zu präsumirende Wirkung von Willen auf Willen gründet [12], andrerseits aber gerade in der vorliegenden Frage das Verhältniß der Willen ignorirt. Endlich ist sie unpraktisch; denn sie läßt den Richter völlig im Stich in solchen Fällen, wo eine gleichzeitige Beihilfe ohne Wissen des Urhebers

---

1) Art. 45. II. vgl. Luzern. GB. Art. 43. Zürich. §. 49. (Es ist gleichviel, ob der Beistand vor oder bei der That stattstand, in abstr. oder in concr. unentbehrlich war.)

2) Art. 75. 84. 85. Hufnagel I. 151—153. III. 85. 86. 644. StrafGB. m. Anm. S. 80 f. f. jedoch Ges. 13. August 1849. Art. 13. 16. vgl. Wächter N. Arch. 1834. S. 325 ff.

3) Art. 57. 66. sehr konfus und jedenfalls vom bair. GB. relativ abweichend. Leonhardt I. S. 238. 239. 258—260. vgl. Bauer Anm. I. 418 f. 427 f. v. Bothmer Erört. II. 134.

4) Art. 73. 83. Breidenbach I, 2. S. 361 f., wo jedoch über das Wirt. Recht unrichtig gesprochen u. das Erforderniß der Wissenschaft um die Unentbehrlichkeit unrichtig verneint ist.

5) §. 134—136. 139 (hier jedoch bloß fakultativ). Thilo S. 155. 156. s. auch kurhess. Entw. §. 124. 127.

6) N. Rev. S. 470. Berner S. 217—219. vgl. Erachten f. Mecklenb. S. 131 (s. jedoch S. 138). Eigenthümlich ist das wadtl. GB.; es rechnet zu den auteurs den Thäter und alle direkt Mitwirkenden, sowie den Anstifter, dagegen zur complicité außer der Beihilfe und versprochenen Begünstigung auch die ausdrückliche und direkte Anreizung (exciter, provoquer) zum Delikt.

7) Sächs. GB. Art. 33. 37. (Weiß S. 167—174. 182.) Braunschw. §. 42—46. Thüring. Art. 31. 35. vgl. Häberlin I. S. 72—80. s. dagegen den neuen sächs. Entw. Mot. vor Art. 49.

8) s. die Braunschw. Mot. (b. Breym.) S. 205. vgl. Breidenbach S. 355. n. 3.

9) In Beziehung auf Komplott u. A. huldigen sie dann freilich dem subjektiven Gesichtspunkt fast im Ueberfluß.

10) Hermann Beurtheilung rc. S. 92 f. Breidenbach I, 2. S. 217. 218. vgl. Wächter Abh. I. 291 ff. Zachariä N. Arch. 1851. S. 212—216. Krug Studien I. 72 f.

11) Wächter im N. Arch. 1834. S. 325 f. N. Rev. S. 471. 478.

12) Braunschw. Mot. (Breym.) S. 204. Weiß S. 169.

geleistet wird, mithin nicht einmal von der Präsumtion einer stillschweigenden Uebereinkunft die Rede sein kann [1]). — Neustens hat das preuß. GB. [2]) es vorgezogen, auch in dieser Frage den Code pén. zum Muster zu nehmen, jedoch mit Modifikationen, und nicht mit glücklichen. Abgesehen nämlich davon, daß der Code am betr. Orte strikt interpretirt wird (was wenigstens nach §. 34 no. 1. des preuß. GBs. nicht stattfinden kann) [3]), enthält das franz. GB. eine ganze Reihe spezieller Ausnahmen von seiner strengen Regel, und überdies binden sich seit dem Gesetze v. J. 1832 die Gerichte überhaupt nicht mehr an diese [4]). Dagegen läßt das preuß. GB. eine gelindere Bestrafung der Beihilfe nur innerhalb der Strafrahme für die Urheber, und ausnahmsweise (!) eine noch gelindere bei Verbrechen zu, worauf Tod oder lebensl. Zuchthaus steht. Dazu kommt aber noch, daß selbst diese spärliche Konzession sich nur auf diejenigen Gehilfen bezieht, die nicht als Hauptgehilfen erscheinen, und daß Haupthilfe nicht in dem engeren Sinne des Wirt., Hess. u. Badischen, sondern in dem weiteren Sinn des Bair. GBs. genommen zu werden scheint [5]). Auch das Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 13 hat zwar die franz. Regel adoptirt, aber ausdrücklich beigefügt, daß die Gehilfen geringer als die Thäter (unter der Strafrahme) gestraft werden können [6]), und zwar ohne hiebei die sogen. Hauptgehilfen auszunehmen, daher der richtigen Auffassung des Unterschieds von Urheberschaft und Beihilfe hier gesetzlich nichts im Wege steht.

3) Beihilfe kann, wie wahre Theilnahme überhaupt, nur absichtlich geleistet werden (§. 92. Anm. 1). Was hie und da irrthümlich als kulpose Beihilfe bezeichnet wird [7]), kann, wenn es überall strafbar ist, immer nur als selbständiges kulposes Vergehen bestraft werden, wobei die Handlung des Urhebers lediglich als voraussehbares Ereigniß in Betracht kommt. Auch bilden wohl derlei Handlungen eigene Polizeivergehen [8]). Im positiven Recht steht der

---

1) s. auch Luden Hdb. I. 443. n. 3. Brackenhöft im N. Arch. 1840. S. 414. n. 5 a. E. Der sächs. Entw. führt das richtige Prinzip rein durch.

2) §. 34. 35. Beseler S. 151—165. Temme Gl. S. 99 ff. Ebenso der bair. Entw. Art. 41 ff.

3) §. 34, 2 läßt dagegen allerdings eine solche zu, wenigstens den Worten nach. In der That hält auch Goldtammer I. 326 jede Beihilfe für straflos, die nicht erweislich wirksam geworden ist. Mit Unrecht beruft er sich aber hiefür auf Hélie II. 107—109, und übersieht, daß er damit alle nicht in concr. wesentliche Beihilfe straflos macht!

4) Hélie II. p. 121. 122.

5) Beseler S. 159. 160. Goldtammer I. 324—326 legt allerdings die wesentliche Hilfe als in concr. unentbehrliche aus, gleichviel wenn sie stattgefunden hat, verneint aber, daß der Gehilfe diese Eigenschaft seiner Thätigkeit gekannt haben müsse. vgl. Temme S. 105. 106 (der willkührliche Ansprüche an das nobile officium des Richters macht).

6) Ebenso der bair. Entw., der milder ist, als die Motive ihn erklären (nur unter die Strafart darf nicht gegangen werden). Vor dem StrafGB. bestraften die Wirt. Gerichte auch den Hauptgehilfen stets geringer, als den Thäter. Knapp Wirt. Krim R. S. 87.

7) s. Quistorp, Tittmann, Borst, Hepp und bes. Luden bei §. 92. Anm. 1. citt. Dagegen die communis opinio. s. namentlich auch Martin §. 81. n. 2. Marezoll S. 127 ob. Berner S. 212—214. N. Rev. S. 502—504. Gegen die Anm. z. bair. GB I. 203. 204 s. Arnold im N. Arch. 1843. S. 250. 251.

8) z. B. Verkauf von Gift, verbotenen Waffen ꝛc.

fragliche Satz unbezweifelt fest [1]). Uebrigens geht aus der Natur des dolus hervor, daß keineswegs der spezielle Vorsatz, mittelbar den Erfolg hervorbringen zu helfen, erforderlich ist, sondern das Bewußtsein genügt, daß die Handlung zur Realisirung der Absicht des Urhebers dienlich sei [2]). — Ebensowenig giebt es eine Beihilfe zu einem kulposen Verbrechen [3]) und noch weniger eine kulpose Beihilfe zu einem kulposen Delikte [4]). Ersteres läuft auf ein absurdum hinaus, da ja der kulpose Urheber gerade eine nichtverbrecherische Absicht hat. — Eine ganz andre Frage ist, ob nicht ein wirklicher (doloser) Gehilfe nebenher auch wegen culpa verantwortlich werden könne? [5]) (s. u.).

4) Die Beihilfe ist accessorischer Natur; sie darf aber gleichwohl nicht schlechthin als accessorium behandelt werden, wenn nicht der Gehilfe zum selbstlosen Werkzeug herabgewürdigt werden soll [6]). — Aus dem ersten Satze folgt, daß sich Beihilfe ohne Urheberschaft nicht denken läßt, wogegen es durchaus falsch ist, wenn behauptet wird, die Beihilfe müsse überall straflos sein, wo der Urheber straflos bleibe [7]). Beihilfe zu einem Verbrechen setzt natürlich ein Verbrechen voraus, wozu geholfen wird. Von strafbarer Beihilfe kann daher nicht die Rede sein, wo die rechtsverletzende Haupthandlung, obgleich absichtlich begangen, infolge vorhandener Rechtfertigungsgründe nicht als Verbrechen erscheint; — so in den §. 15 erörterten Fällen [8]), desgleichen bei der Nothwehr (§. 29. Anm. 3), beim wahren Nothstand (§. 37), beim Selbstmord (§. 36). Was dagegen die Gründe der Tilgung der Strafbarkeit betrifft, so kommt zwar die Abolition [9]) nothwendig auch den Gehilfen zu gut, nicht aber auch die Straflosigkeit des Hauptverbrechens wegen Todes oder Begnadigung [10]). Inwieweit es mit der Freisprechung des Thäters der Fall sei, war eine schon von den alten Italienern vielfach erörterte Frage [11]). Sie entschieden aber im Wesentlichen

---

1) L. 53 §. 2 D. de V. S. (50. 16). C. 6 §. 2 X. de homic. (V. 12). P.G.O. Art. 177 und sämmtliche neueren Gbücher. (Mit Unrecht nimmt Luden das bair. aus, da Art. 46, 2 gar nicht von Beihilfe handelt.) s. bes. Wolff b. Thilo S. 152. 153.

2) L. 50 §. 1 L. 54 §. 4 D. de furt. (47. 2). Kitka S. 61—69. Hufnagel III. 102. 103. Borst N. Arch. VII. 691—693 zieht hier den „dolus indirectus" zur Hilfe bei. Ganz unrichtig forderten Aeltere zur Beihilfe beim Diebstahl animus lucri, Carpzov qu. 87. n. 8 wenigstens zur poena ord. s. dag. Luden Hdb. I. 449. n. 12. vgl. übr. noch Roßhirt Entw. S. 257.

3) s. zwar hess. GB. Art. 83. vgl. dag. Breidenbach I, 2. S. 356. 357. A. M. Luden Hdb. I. 440. 441., der sich mit Unrecht auf Bauer beruft (dieser Abh. I. 432 spricht vom Anstifter). Wolff a. a. O.

4) Nur hierauf bezieht sich das Beispiel bei Luden n. 5. Ein kulposes Vergehen kann hier allerdings vorliegen; aber nur als Beihilfe kann es nicht bezeichnet werden.

5) Auch über die von Breidenbach S. 357 c. angeregte Frage s. u.

6) A. M. Berner S. 207—211. 219. 220.

7) So Berner S. 220. s. dag. Brackenhöft im N. Arch. 1840. 410—433.

8) Zum Theil A. M., jedoch nur für einen Fall, ist Brackenhöft S. 425. n. 27.

9) Heffter §. 184. n. 9. Hélie II. 117. bei Gehilfen wird die Verjährung selten einen Unterschied vom Urheber zu ihrem Nachtheile hervorrufen. vgl. Bair. Strafger. III. 1 f. (bei intellekt. Beihilfe kann es vorkommen).

10) s. schon August. ad Ang. §. dicto malef. n. 21. vgl. Konopack N. Arch. II. 288 f.

11) Diese behandeln sie in der Regel in Beziehung auf alle Arten von Mitschuldigen gleicher Weise. s. Angel. u. Aug. l. c. n. 20. 21. und §. et Sempronium n. 40. Decian. tr. crim. IX. 33. n. 7. Menoch. arb. quaest. II. c. 351.

ganz richtig bejahend für den Fall, wo ausgesprochen sei, nullum delictum esse commissum, verneinend dagegen, wenn nur der principalis für non culpabilis erklärt sei [1]). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Hauptthäter unzurechnungsfähig (z. B geisteskrank) [2]), aber vom Gehilfen für zurechnungsfähig gehalten war. (Hätte der Gehilfe die Unzurechnungsfähigkeit des Thäters gekannt, so würde er an die Stelle des Urhebers treten) [3]). Ebensowenig kann aber die Strafbarkeit der Beihilfe dadurch ausgeschlossen werden, daß der zurechnungsfähige, zum Verbrechen entschlossene Hauptthäter mit der Ausführung seiner Absicht noch nicht in das Stadium des strafbaren Versuchs vorgerückt (resp. vom Versuche freiwillig wieder abgestanden) ist [4]). — Höchst oberflächlich ist ferner die weitere, gleichfalls aus der accessorischen Natur der Beihilfe abgeleitete Behauptung: daß der verbrecherische Charakter der Beihilfe sich zunächst [5]) ganz nach dem individuellen Charakter des Hauptverbrechens richte [6]). Hält man diesen Satz konsequent fest, so folgt daraus, a) daß die Beihilfe überall auch in solchen Fällen strafbar ist, wo der Gehilfe als Urheber das Verbrechen überall nicht hätte begehen können (z. B. Unterstützung eines reinen Dienstvergehens von Seiten eines Nichtangestellten), b) daß die Beihilfe ganz nach dem Typus des vom Urheber begangenen Verbrechens gestraft werden muß, wo der Gehilfe zwar als Urheber das Verbrechen hätte begehen können, aber nur das Verbrechen in genere, d. h. nicht in derjenigen strafschärfenden oder strafmildernden Weise, in welcher es vom Urheber vermöge der besondern Verhältnisse begangen wird, in denen er zum Gegenstand des Verbrechens steht (z. B. Beihilfe eines extraneus zu Verwandtenmord oder Familiendiebstahl), c) daß dasselbe auch dann geschehen muß, wenn nur in der Person des Urhebers strafschärfende oder strafmildernde

---

n. 12 sq. Farinac. qu. 129. nr. 100. qu. 131. n. 61. 62. qu. 135. n. 33. vgl. die heutige französ. Praxis b. Hélie II. 119. 120. Hefftер §. 182. n. 2. (zu allgemein). Besonders bestritten war, welchen Einfluß ein Kontumazialurtheil gegen den Urheber habe. Clar. §. fin. qu. 90. n. 6. und Bajard. ib.

1) Nach eben diesem Prinzip entscheidet das römische Recht in einem jetzt in der Regel in dieser Weise nicht mehr praktischen Falle, l. 36 §. 1 D. de furt. (47. 2). §. 12 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). Brackenhöft S. 418. 419. s. auch Code p. art. 380. Preuß. GB. §. 228. Hye S. 250. 251. Not. (Oestr. GB. §. 5. 189.)

2) Andere Fälle der Unzurechnungsfähigkeit werden nicht praktisch sein.

3) Eben dies gilt von den bei Breidenbach I, 2. S. 357 c. angef. Fall (wo der Thäter im fakt. Irrthum ist).

4) Schröter §. 146. Bauer Abh. I. 459. N. Rev. S. 508. A. M. Berner S. 219--221. Brackenhöft N. Arch. 1847. S. 83. 84. Zachariä eb. 1851. S. 217—221. Hepp 1848. S. 268. 297 ff.

5) Ueber generelle und spezielle Gehilfen (resp. Theilnehmer) s. Konopack im A. Arch. VII. 297—331 (die dort angef. Definitionen von Stübel, Stelzer &c. gehören gar nicht hierher; ebensowenig Koch instit. §. 43 a). Klein Grunds. §. 138 (?). Feuerbach §. 52. Grolman §. 33 a. §. 36. Wächter §. 89. n. 80. §. 90. n. 85. Werner Hdb. §. 252—256. Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. 304—317. Roßhirt Ztschr. f. Civ. und Krim. R. III. 137 f. Bauer Lb. §. 74. n. b. c. Schröter §. 140. n. 3. Abegg S. 118 (?). Brackenhöft a. a. O. Hefftег §. 81. 98. 255. n. 5. Marezoll S. 188. Berner S. 207—211. 239. 240. Luden Hdb. I. 448—450. Temme Beitr. z. preuß. Strafr. nr. 1. E. Kleinschrod üb. d. Bestraf. d. gener. Beihilfe 1848. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 518 f. Mittermaier not. z. F. §. 52. N. Rev. S. 494—502.

6) Entschieden hiefür sind bes. Konopack, Berner, Luden, Bauer Abh. I. 460. 461. Kitka S. 21—34. Breidenbach, Temme Glossen S. 101. 102.

Gründe vorhanden sind (z. B. Rückfall, Jugend) [1]). — Die leztere Konsequenz erscheint nun aber doch manchen von den Vertheidigern des fraglichen Satzes gar zu auffallend, als daß sie solche annehmen möchten. Sie machen daher eine Ausnahme für den Fall c), während sie es für die beiden andern, oder doch für b) bei der Regel lassen [2]). Allein die Inkonsequenz springt in die Augen; denn, wenn der Gehilfe eben gar nichts als der „Trabant" des Urhebers, das „Adverbium zum Verbum" sein, wenn Wille und Handlung des Urhebers schlechthin für ihn das Gesetz bilden soll, dem er sich hingegeben habe, — so ist die gedachte Ausnahme absolut willkührlich. In der That behaupten daher auch Andre, daß dieselbe Ausnahme, wie zu c), nothwendig auch zu b) gemacht werden müsse, weil auch hier die größere oder geringere Strafbarkeit durch persönliche Verhältnisse des Thäters motivirt sei [3]). Damit genügt es aber noch nicht; vielmehr muß auch die Konsequenz zu a) aufgegeben und der Gehilfe in dem Falle straflos gelassen werden, wo er das Verbrechen als Urheber nicht hätte begehen können [4]). Um so gewisser muß dies geschehen, wenn man nicht noch eine weitere Konsequenz jener falschen Ansicht annehmen will, die nämlich, daß der „Trabant" für die qualitas aggravans des Urhebers auch dann leiden müsse, wenn er davon nicht einmal Kenntniß habe [5]), — eine Konsequenz, die selbst für den Fall nicht abgewiesen werden kann, wo es sich um eine objektive Qualifikation handelt (wie bei Kirchendiebstahl, Diebstahl mittelst Einbruchs ꝛc.), falls nur nicht etwa Entgegen-

---

1) Berner und Luden sprechen hievon nicht, scheinen aber die Regel konsequent auch für diesen Fall zu verfolgen. s. ersteren S. 210. 211.

2) s. schon Tib. Decian. tr. crim. IX. 33. n. 8. und die dort Angef., freilich sehr inkonsequent, da er zu a.) richtig aus dem entgegengesetzten Prinzipe argumentirt; eb. n. 4 u. c. 36. n. 26. Bauer Abh. a. a. O. Breidenbach I, 2. S. 370. Bad. GB. §. 137.

3) Schon Baldus (ad l. 5 C. de accus.), Menoch. arb. quaest. II. c. 353. n. 5 sq. u. A. sprachen dieß im Wesentlichen aus, wiewohl hier, wie sonst, die prinzipielle Entscheidung durch die Rücksicht auf den posit. Buchstaben — s. bes. l. 6 D. ad l. Pomp. (48. 9) — gefesselt erscheint. s. auch Damhouder. c. 87. n. 6. 7. Decian. l. c. u. A. behaupteten allerdings, daß im Fall b) die qualitas aggravans ꝛc. delicto, nicht personae inhaerens sei. Wieder Andre, bes. Bartolus, behandelten den Gehilfen schlechthin als accessorium, so zwar, daß einige ihn sogar dann für die bloß persönlich gravirenden Eigenschaften des Urhebers einstehen ließen, wenn er nicht einmal darum gewußt hatte, was auch ganz konsequent war. s. August. ad Angel. §. dicto malef. n. 13. 14. — vgl. Angel. l. c. n. 10. 12 u. die Liter. b. Farin. qu. 129. n. 101. qu. 131. n. 44. qu. 135. n. 34—38. — Hélie II. 125 sq. stellt gegen Decian. gerade die umgekehrte Behauptung auf, daß zu b) die circonstances aggravantes extrinsèques au fait seien.

4) Brackenhöft S. 422—424. Roßhirt Zeitschr. III. 137. n. 119. Viele beachten dies gar nicht, z. B. Grolman, Konopack a. a. O. A. M. sind Bauer Abh. I. 461 od. Breidenbach I, 2. S. 370. Berner, Luden a. a. O. Dagegen geht aus Mißverständniß über den wahren Gegenstand des einen od. andern Verbrechens, sowie aus Verwechslung des Gehilfen mit dem Miturheber zu weit Stübel Theilnahme ꝛc., §. 51. Ebenso übrigens schon Carpzov. qu. 87. n. 7. 8. Unklar sind Marezoll S. 127. 188. n. 3. Heffter §. 84. n. 4.

5) Diese Konsequenz wurde schon von den alten Italienern gezogen. s. August. l. c. u. Andre b. Farin. qu. 131. n. 44. Ebenso noch jetzt von der französischen Praxis. Hélie II. 123 sq. Merlin répert. univ. und Sirey jurisprud. v. complicité.

gesetztes verabredet wurde [1]). — Es ist hiernach ganz falsch, wenn man den Gehilfen abstrakt nur als accessorium des Urhebers auffaßt [2]). So gewiß er allerdings das Verbrechen, welches begangen wird, nicht als eigene Angelegenheit betreibt, sondern nur die Absicht des Urhebers befördert, so gewiß kann er doch auch selbst nur insoweit verbrecherisch handeln, als die mittelbar von ihm beförderte Handlung für ihn selbst ein Verbrechen bildet. Außerdem ist seine Thätigkeit vielleicht sehr unmoralisch, rechtlich aber indifferent. Vor allem hat daher a) die verbrecherische Beihilfe ihr Maß im Wissen des Gehilfen; d. h. der Gehilfe ist als solcher nur in Beziehung auf dasjenige Verbrechen strafbar, welches er wissentlich befördert, also nicht für ein größeres Verbrechen, das der Urheber neben jenem begieng, oder worein jenes ohne Wissen des Gehilfen ausartete [3]), ebensowenig für eine qualifizirte Begehungsweise, wovon er nichts wußte [4]). Dies erkennen mehrere neuere Gesetzgebungen ausdrücklich an [5]). Es ist jedoch dadurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dem Gehilfen (nur eben nicht als solchem) auch ein derartiges Mehr zur culpa zuzurechnen [6]). b) Die Beihilfe ist eine verbrecherische nur insoweit, als die beförderte Handlung, auf den Gehilfen selbst bezogen, als mögliches Verbrechen erscheint. Es ist daher gar nicht strafbar, wenn ein reines Dienstverbrechen durch eine nicht unter derselben Dienstpflicht stehende Person befördert wird. Enthält dagegen das Dienstvergehen zugleich ein gemeines Verbrechen, so ist eben nur die Beihilfe zu diesem zu bestrafen [7]). Ebenso verhält es sich mit andern Verbrechen, welche auf Seiten des Urhebers wegen persönlicher Verhältnisse zum Gegenstand des Verbrechens

---

1) Da Berner S. 210 eben auf das Letztere Alles stellt, so will die ohnedies ganz vage Maßbestimmung auf S. 211 (s. auch S. 208) gar nichts heissen. Ebenso willführlich ist Breidenbach I, 2. S. 370—374. 376, n. 5.

2) Dies sagt schon ganz richtig Ang. Aret. §. dicto malef. n. 12. vgl. Decian. IX. 33. n. 4. s. bes. Brackenhöft, der nur zuweit geht, wenn er sagt, der Gehilfe wolle, wie der Thäter, die That (S. 412). Leonhardt I. 243. n. 8. S. 293. n. 2.

3) Grolman §. 36. n. b. Brackenhöft S. 417. 418. Luden Hdb. I. 447. n. 8. N. Rev. S. 494. 495. Breidenbach S. 372 (s. jed. S. 371 !).

4) Natürlich auch nicht für Qualifikationen persönlicher Art, — falls ein positives Recht diese auf die Strafe des Gehilfen einwirken läßt.

5) Im Unterschiede vom französ. Recht (s. o.) Bair. GB. Art. 80. (wo irriger Weise dem Gehilfen der Beweis auferlegt war. s. Bauer Anm. I. 516). Wirt. Art. 86. (Hufnagel I. 175. 176). Hannövr. Art. 70 (Leonhardt S. 298. 299). Braunschw. §. 52. Bad. §. 138. Preuß. §. 44. (Beseler S. 162). Bair. Entw. Art. 44. Das sächs. GB. Art. 35 und das Thüring. Art. 32 sprechen bloß von gleichen Theilnehmern!

6) (v. Kapff) Beitr. z. den landständ. Berath. in Wirt., S. 23—25. Bad. GB. §. 138. Breidenbach I, 2. S. 373 Note. vgl. Hannövr. GB. Art. 43. Goldtammer I. 327.

7) Wirt. GB. Art. 404 (trotz des im Art. 87 aufgestellten Prinzips). welcher auch auf Anstifter und Begünstiger angewandt wird. Hufnagel I. 178. 179. 622—624. Mot. II. 741 — 744. III. 80—85. 582. 583. u. Strafgb. m. Anm. S. 422. n. 1. Braunschw. §. 252. Anders nach dem hess. GB. Art. 84 (s. übr. Breidenbach S. 376. n. 5. j. S. 370 ?), nach dem preuß. §. 331 (duce v. Kamptz, gegen die frühere Praxis), Beseler S. 565—567. Bair. Entw. Art. 317. vgl. dagegen Braunschw. Mot. (Breym.) S. 325. — Anders natürlich, wenn eine derartige Beihilfe speziell zum Verbrechen gestempelt ist, wie z. B. Beihilfe zur Desertion (preuß. GB. §. 111). F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 526 f.

qualifizirt oder privilegirt sind, wie Verwandtenmord, Familiendiebstahl (s. unten zu §. 99)[1]). Hier ist die Beihilfe stets nur als zu dem Verbrechen geleistet zu betrachten, welches der Gehilfe selbst als Urheber begangen haben würde[2]). Um soweit mehr natürlich, wenn die persönlichen Schärfungs- oder Milderungsgründe beim Urheber rein persönliche, wenn auch (wie beim Kindsmord)[3]) mit der Natur des Verbrechens zusammenhängende sind[4]). Die entgegengesetzte Ansicht ist nicht nur theoretisch falsch, sondern führt auch praktisch zu Schwierigkeiten, die nur durch absolute Willführ lösbar sind[5]). c) Die Beihilfe bleibt aber auch verbrecherisch und strafbar, wenn der zur That entschlossene Urheber mit der Ausführung noch nicht in's Stadium der Strafbarkeit vorgerückt[6]) oder freiwillig vom Versuche wieder abgestanden ist[7]). Ebenso in dem Fall, wenn der Thäter wegen Unzurechnungsfähigkeit (die der Gehilfe nicht kannte) oder deshalb straflos bleibt, weil er seinerseits ein nur auf Klage strafbares Verbrechen begangen hat und gegen ihn nicht geklagt worden ist, während beim Gehilfen dasselbe persönliche Verhältniß nicht obwaltet[8]). Endlich ist hier, wie in den Fällen, wo der Ur-

---

1) Berner wirft hiemit auch Beihilfe zu Nothzucht, Kindsmord 2c. zusammen. s. dag. auch Heffter §. 255. n. 5. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 518 f.

2) Die meisten neueren G.bücher lassen die Frage unentschieden (s. Leonhardt S. 243. 293). Schlüter S. 57. n. 42. s. dag. Bair. GB. Art. 118 (Sardin. Art. 110). Luzern. Art. 55. Braunschw. §. 54. Wirt. Art. 404 (bloß bei Dienstverbrechen). Wadtl. Art. 45. 46. Hamb. Entw. 1848. 1849. Art. 45 (44). Eigenthümlich das Erachten f. Mecklenb. S. 138. 139. Das gemeine Recht machte eine Ausnahme beim parricidium. l. 6 D. h. t. (48. 9). §. 6 J. de publ. jud. (IV. 18). Dagegen setzt Beihilfe zum Diebstahl nicht animus lucri, zur Nothzucht nicht Geschlechtslust beim Gehilfen voraus! s. übr. Heffter §. 84. n. 4.

3) Hier wird die entgegengesetzte Ansicht wirklich naiv! s. Berner S. 210.

4) Das Bad. GB. §. 137 nimmt wenigstens den Rückfall aus. s. auch §. 259 u. sächs. Entw. Art. 54. vgl. Breidenbach S. 373. 374 (?). s. dag. Thilo S. 154 unt. F. Roßhirt a. a. O. S. 540—542.

5) Dieß hat namentlich die Anwendung des — jetzt weggefallenen — Art. 87 im Wirt. GB. zur Genüge ergeben. Hufnagel I. 176—179. 622. (s. bes. S. 179. 180. Note !) II. 519. 520. 741—744. III. 80—85. 103. 104. N. Rev. S. 502. Ueber die inkonsequent stets in mitius gehende sächs. Praxis s. Weiß S. 201—204. N. Jahrb. 1849. S. 96 unt. Der Entw. Art. 54 folgt dem Wirt. Art. 87.! s. dag. den Bair. Art. 55. (vgl. aber freilich Art. 317. 371!)

6) Anders natürlich, wenn es an einem Urheber fehlt! Heffter §. 85. n. 1. Nur dies beweist das von Berner aus Hitzig abgedruckte Beispiel S. 241—249. Zum Theil A. M. ist übr. Breidenbach S. 381. 387. u. Leonhardt S. 299. 300. (vgl. Berner S. 22!)

7) A. M. scheint (indirekt) das Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 1 (?). Zwar kann man daraus ebenso die ratio legis für die Bestrafung, als ein arg. a contr. ableiten. Aber aus Art. 13, 1 folgt die Straflosigkeit des Gehilfen. s. dag. Bair. GB. Art. 81. Hannövr. Art. 71. Braunschw. §. 37.

8) Anders mußte in Wirtemb. nach dem verfehlten Art. 87 entschieden werden. Die richtige Entscheidung giebt das preuß. O Tribunal s. Goldtammer Archiv I. 73. 74, aber inkonsequent, da von der abstrakt accessorischen Natur der Beihilfe ausgegangen wird. Freilich ist der §. 228 des G.Bs maßgebend. Eben aus diesem §. könnte geschlossen werden, daß das GB. die letztere falsche Ansicht nicht habe (s. auch Beseler S. 162. ob. und 436—439), um so mehr, da der §. 228 sich sehr wesentlich vom Code p. art. 380 unterscheidet, der hier den Begriff der Theilnahme überall ausschließt. Allein der §. 35 spricht allerdings die accessorische Natur der Theilnahme aus. Nicht sehr klar ist Goldtammer I. 327. j. 315—319; ebensowenig befriedigend ist Temme Gl. S. 106. Ueber Sachsen s. Weiß S. 311. 312. N. Jahrb.

heber selbst strafbar ist, die Schuld des Gehilfen auch dann, wenn der Urheber das Verbrechen nur in genere begangen hat, stets zugleich nach den eigenen persönlichen Verhältnissen des Gehilfen zu bemessen, seien sie nun rein persönliche oder beziehen sich zugleich auf den Gegenstand des Verbrechens [1]).

5) Am reinsten tritt der accessorische Charakter der Beihilfe in der angestifteten Beihilfe hervor. Die Anstiftung hat jedoch in Beziehung auf die Schuld des Gehilfen nur den Einfluß, daß diese sich nach Umständen als vermindert darstellen kann, was jedoch dadurch wieder aufgewogen wird, daß der Gehilfe, der sich anstiften läßt, durch die von ihm gegebene Zusage, wenn sie dem Verbrechen vorangieng, zum intellektuellen Gehilfen wird (s. unten) [2]). Der unmittelbare Gehilfe erscheint freier, als der angestiftete, indem er wenigstens die Anregung zu seiner relativen Unterordnung unter einen fremden Willen nicht erst von diesem erhält, sondern aus sich selbst nimmt. Der intellektuelle Gehilfe geht sogar dazu fort, relativ bestimmend auf den Urheber zu wirken, was bei der lediglich physischen Theilnahme nur möglicher Weise vorkommen kann [3]) (die Folge davon s. im folg. §.). — Intellektuelle Beihilfe [4]) muß immer den wesentlichen Charakter der Beihilfe, d. h. der Anerkennung des Andern als des factor principalis behalten. Sie setzt daher voraus, daß der Entschluß zum Verbrechen in dem Urheber selbständig entstanden, wenn auch nicht völlig ausgereift sei [5]), und besteht in einer intellektuellen Einwirkung, die darauf gerichtet ist, diesen Entschluß zu bestärken [6]) oder seine Ausführung zu erleichtern. Daraus ergiebt sich, daß sie nur in zwei Formen möglich ist, a) in der des Raths (Angabe der dienlichen Mittel, Lob, Widerlegung der Zweifelsgründe ꝛc.), b) als

---

1841. H. 1. S. 128—132. Das GB. läßt den Ausleger sehr im Stich! s. auch Bair. Strafger. V. 120 (die Note unrichtig).

1) Brackenhöft S. 419. 426. Konopack S. 325—331. Bauer Abh. I. 462. Luden Hdb. I. 450. n. 13. 14. Feuerbach §. 115 (was Berner S. 239. 240 gegen Feuerbach vorbringt, ist nichtssagend). s. auch Bad. GB. §. 137, 2. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 540—547. Bair. Entw. Art. 55. — Sehr mangelhaft ist das östr. GB. 1852. §. 5. Der neu beigefügte Satz berührt nur Eine Frage, und zwar eine der leichtesten. Die Hauptfragen werden im besondern Theil nach entgegengesetzten Prinzipien entschieden. s. z. B §. 137. 138. 141. (accessorium) u. vgl. dag. §. 105 (j. 104. 311) Amtsverbrechen. §. 177 (Rückfall, Gewerbsmäßigkeit, Hausdiebstahl). §. 186 a. (Hausdiebstahl). Nach §. 137. 138 sollen Verwandtschaftsverhältnisse des Gehilfen beim Mord sogar auf den Urheber zurückwirken! (Hye S. 240—271). Immer aber ist selbst diese Inkonsequenz noch den Verbesserungsvorschlägen Hyes S. 270. 271 vorzuziehen.

2) Auch wird sich bei dem angestifteten Gehilfen das Maß des Wissens und der Absicht leichter ermitteln lassen. Was Berner S. 251—259 ausführt, ist überflüssig und unpraktisch. vgl. Luden Hdb. I. 455. n. 3.

3) s. die richtige Bemerkung von Luden Hdb. I. 454. n. 2. (Das im Texte Gesagte ist gekünstelt.)

4) Mittermaier im N. Arch. III. 137—139. u. schon Kleinschrod I. §. 193. Henke I. 270—272. Schröter §. 139. Tittmann I. §. 108. Feuerbach §. 50. Grolman §. 37. Wächter §. 89. n. 79. Heffter §. 84. Berner S. 260—268. vgl. Reinharth de consilio in criminal. 1732. Cramer Opusc. III. nr. 8. p. 200 sq. Abegg N. Arch. 1841. S. 401—410. Wolthers p. 76 sq.

5) Dieß beachteten schon die ital. Juristen. s. die Liter. b. Farin. qu. 129. n. 7 sq.

6) Heffter §. 84. n. 3. j. §. 98. n. 2, wo zugegeben wird, daß hier die Grenze gegen die Anstiftung haarscharf laufe. vgl. N. Rev. S. 483. Berner S. 261. Breidenbach I, 2. S. 358.

Zusage einer physischen Unterstützung [1]). — Alle andern Arten intellektueller Einwirkung, Befehl, Auftrag, Verführung, Bitte, Drohung, Versetzung in Irrthum ꝛc., begründen ihrer Natur nach nothwendig Urheberschaft, weil sie darauf ausgehen, den Entschluß zum Verbrechen im Andern erst zu wecken oder ihn wider seinen Willen zu einer rechtswidrigen Handlung zu bestimmen. Dieselben begründen namentlich auch dann Urheberschaft (wenn auch bloß im Stadium des Versuchs), wenn der Einwirkende auf einen bereits zum Verbrechen Entschlossenen traf [2]); mit der entgegengesetzten Behauptung [3]), daß hier die beabsichtigte Anstiftung sich in intellektuelle Beihilfe verwandle, fällt man auf den Standpunkt der abstrakt objektiven Kausalität zurück. Wie alle Beihilfe, so setzt auch die intellektuelle dolus voraus, womit jedoch eine kulpose Verantwortlichkeit wegen Raths nicht ausgeschlossen ist, nur daß man freilich hierin keine Beihilfe suchen darf [4]). — Eine scharfe Unterscheidung der intellektuellen Beihilfe von der intellektuellen Urheberschaft darf man im römischen Rechte nicht suchen wollen [5]), da dieses mindestens in der Strafbarkeit öffentlicher Verbrechen beide gleichstellt [6]) und weder die Straflosigkeit des einfachen Rathertheilens [7]), noch die Unterscheidung zwischen den Fällen der Anstiftung und der versuchten Anstiftung eines schon für sich Entschlossenen [8]) im römischen Rechte (seinem ganzen Geiste zufolge) sich nachweisen läßt. — Ebensowenig giebt aus andrem Grunde das germanische Recht hier Ausbeute. Nur im longobard. Rechte findet sich eine

1) nicht bloß einer erst hinterher zu leistenden Begünstigung, wie Berner S. 263 sagt. Hufnagel I. 173. 182. II. 519. III. 106. Wirt. GB. Art. 84. Hannövr. Art. 72. 73. Hess. Art. 86. Bad. §. 141. s. auch Zachariä Versuch I. §. 40.

2) Böhmer med. ad art. 177. §. 4. I. §. 5 i. f. Tittmann I. §. 106. n. 9. Feuerbach §. 50. Wächter a. a. O. Bauer Abh. I. 430. Abegg S. 113 (?). Heffter §. 83. n. 4. Berner S. 260. N. Rev. S. 483—485.

3) Grolman §. 33. n. c. Marezoll S. 123. 124. Werner §. 238. Martin §. 80. n. 6. Luden Abh. II. 352—354 (s. aber Hdb. I. 457). Bad. GB. §. 120.

4) Tittmann I. §. 108. not. m. Abegg im N. Arch. 1841. S. 404 u. XIV. 453 f. Ungenau sind Böhmer med. ad art. 177. §. 5. Wächter a. a. O. vgl. den Fall b. Stryk de imput. facti al. c. 5. n. 53 sq. und Kress (1760) p. 645).

5) Luden Abh. I. 293 f. N. Rev. S. 532. A. M. Birnbaum im N. Arch. 1842. S. 19—22.

6) L. 16 pr. D. de poen. (48. 19). l. 47 D. de R. J. (50. 17). l. 52 §. 21. D. de furt. (47. 2). §. 11 J. de injur. (IV. 3). l. 11 pr. D. eod. (47. 10). l. 12. 14 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 1 pr. l. 3 §. 4. l. 15 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 3 §. ult. D. de incend. (47. 9). l. 2 §. 1 D. ad l. Jul. de annona (48. 12). l. 1 D ad l. Jul. pec. (48. 13). l. 6 §. 2 D. ad l. Fab. (48. 15). l. 2 C. eod. (9. 20). l. 1 §. 3. 4 D. de servo corr. (11. 3). l. 6 D. de cond. furt. (13. 1).

7) so Rein S. 196. Allein §. 11 J. de obl. quae ex del. (IV. 1) ist anders zu erklären, s. l. 36 pr. l. 52 §. 19 D. de furt. (47. 2). l. 53 §. 2 D. de V. S. (50. 16), sc. aus der Natur des Privatdelikts (nicht aus dem Mangel des dolus, wie Ziegler S. 18. Not. meint). vgl. l. 15 §. 10 D. de injur. (47. 10). Ueber l. 20 D. de his qui not. (3. 2). s. Matth. Prol. c. 1. n. 10. s. übrigens auch Ziegler S. 44.

8) L. 11 §. 6 D. de injur. (47. 10). vgl. l. 1 §. 4 D. de servo corr. (11. 3). A. M. Zachariä Versuch II. §. 196. Luden Abh. I. 296. n. 1. Wächter a. a. O. Martin §. 80. n. 6. Ziegler a. a. O. s. dag. Matth. l. c. Heffter §. 87. n. 2. N. Rev. S. 532—534.

Spur der Unterscheidung bloßen Raths von eigentlicher Anstiftung [1]), während im Allgemeinen die verschiedenen Formen intellektueller Wirkung und Mitwirkung keineswegs fest auseinander gehalten werden [2]) und jedenfalls meist hinter der physischen Thätigkeit zurücktreten. Auch das Recht des MAs. scheint, wie schon die Formel: Rath und That andeutet, die verschiedenen Formen intellektueller Theilnahme nicht bestimmt auseinander gehalten zu haben [3]). Die P.G.O. berührt den Unterschied nur indirekt (Art. 40. 107). Dagegen haben die ital. Juristen schon ganz richtig das consilium dem mandatum als das Minderstrafbare entgegengesetzt, weil der Rath auf fremdes Interesse abzwecke, und mehr mit bloßer Beihilfe Aehnlichkeit habe [4]). Dies haben auch einige streng durchgeführt, indem sie den Rath nicht bloß vom eigentlichen Mandat, sondern von jedwelcher Art von Anstiftung in der Strafbarkeit unterschieden [5]). Dagegen haben andere zwar dies nicht angenommen [6]), aber dann doch jedenfalls den Rath nach Analogie der Beihilfe in der Weise behandelt, daß sie ihn nur dann der poena ord. verfallen lassen, wenn er ein auxilium proximum u. causam dans enthalte [7]). Ja sie giengen überhaupt mit der communis opinio noch weiter, und unterschieden nicht bloß nach jenem objektiven Momente, sondern auch nach dem subjektiven, ob der Rath einem alias facturo oder einem alias non facturo gegeben worden sei [8]), indem sie in ersterem Falle eine geringere Strafe eintreten ließen [9]). — Hievon ist Karpzov wieder abgewichen [10]), der noch entschiedener das consilium dem auxilium gleichstellt und überall geringer gestraft haben will, auch wenn

1) L. Liutpr. c. 138 u. 63. j. 71. 134. A. M. Wilda S. 630. Die Stellen aus der L. Sal. beweisen aber nichts, da sie nur von Anstiftung, nicht von Rath sprechen.

2) Ed. Roth. c. 10. 11 (Anstiftung, resp. Rath = Komplott) vgl. L. Liutpr. c. 134. 138 (consilium mortis = bloß intell. Theilnahme, vgl. c. 71., wobei jedoch c. 134 zeigt, daß man das zur gemeinschaftlichen Ausführung gediehene Komplott höher ansetzte). s. auch L. Burg. LXXX, 3. L. Sal. em. XXX. 1—3. (Her. XXXI, 2). XLIII, 14. LVII, 6.

3) s. übr. Sächs. LR. II, 13. §. 4. j. III, 46. §. 2. vgl. dag. Schwäb. LR. c. 171. 227. Bamb. Stadtr. Art. 156. 157. Rechtsb. n. Dist. IV, 9, 1. IV. 10, 4. 6. (vgl. Prager Stadtb. 52). Gosl. Stat. 38, 25. 42, 30—34. u. Stellen bei §. 92. Anm. 2.

4) Angel. §. Et Sempron. n. 1. Farin. qu. 129. n. 1—11 und die dort Angef.

5) s. Clar. §. fin. qu. 88. n. 1. 2. (Consil. u. exhortatio). Bajard. n. 7. und die bei Farin. qu. 129. n. 24 Citt.

6) s. die Citt. b. Farin. l. c. n. 23. 26 (wo übr. auch nur von persuadere, inflammare, instigare, hortari, incitare, instruere die Rede ist, was meist zur Noth noch auf Beihilfe bezogen werden kann).

7) Gomez de del. c. 3. de homic. n. 50. Carrer. pract. tr. de homic. §. sequ. de persuad. n. 7. Farin. l. c. n. 95—98. Bei del. atrociss. machten Einige Ausnahmen. s. Bald. u. Dec. b. Bajard. l. c. n. 1.

8) Einige ließen diesen Unterschied auch beim Mandat eintreten. s. bes. Decian. IX. 36. n. 14 sq. Farin. n. 130—139. Allein die Andern waren dagegen. Clar. §. fin. qu. 89. n. 1.

9) s. die Citt. b. Farin. n. 108—111 und noch Damhouder c. 70. n. 4. 5. 7. c. 133. n. 2. 3 (der den obj. und subjektiven Gesichtspunkt vermischt), und Matthaeus lib. 48, 18. c. 4. n. 18.

10) Mit Unrecht insofern, als auch wahre Anstiftung in Form des Raths vorkommen kann. Beim Mandat folgt er der Ansicht von Decian. und Farin. qu. 4. n. 27 sq.

instigatio und instructio damit verbunden sei [1]). Später verdunkelte sich das Bewußtsein des Unterschieds der beiden von den Italienern aufgestellten Gesichtspunkte, da man sich mehr und mehr daran gewöhnte, den Begriff der Beihilfe überhaupt nur auf das Moment der objektiven Kausalität zu gründen. Man [2]) verwarf nun entweder den Unterschied zwischen dem einem alias facturus und dem einem al. non fact. gegebenen Rath, oder man subsumirte denselben geradezu unter den objektiven von Haupt- und Nebenursache, — ein Mißstand, der noch in der heutigen Doktrin vielfach nachwirkt (s. unten). Die neueren Gesetzgebungen unterscheiden theilweise den Rath als bloße Beihilfe ganz richtig von der Anstiftung, und zwar auch diejenigen, welche den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe überhaupt nicht auf die richtige subjektive Grundlage stellen [3]). Dagegen liegt es in der Konsequenz derjenigen darunter, welche den Hauptgehilfen vor oder bei der That dem Urheber gleichstellen, diese Bestimmung auch auf die intellektuelle Beihilfe anzuwenden [4]). — Die intellektuelle Beihilfe durch Zusage einer Unterstützung wurde von den Aelteren meist mit dem Komplott verwechselt [5]). Jetzt ist man in der Doktrin wohl fast allgemein darüber einig, daß Komplottanten und vertragsmäßige (Beihilfe zusagende und leistende) Gehilfen nicht zusammengeworfen werden dürfen [6]). Dagegen fehlt es meist an der bestimmten Anerkennung, daß schon die Zusage der Beihilfe an sich intellektuelle Beihilfe sei [7]). Auch die neueren Gesetzgebungen sind hier mangelhaft. Das sächs., braunschw. und thüring. GB. stellen sich auf den älteren, den Fall mit dem Komplott ver-

1) qu. 87. n. 2—6. 23. (47). Churfächs. Konstit. IV, 40 (Oberflächlich Müller p. 26). vgl. Leyser Sp. 537. med. 23—25 u. sp. 149. med. 3. Berger Electa I. p. 10.

2) s. z. B. Matth. Proleg. I. 8. Kress ad art. 177. p. 644. 645. Böhmer med. ad art. 177. §. 5. und Obs. 1 ad C. qu. 87. Quistorp §. 60. Stübel Thatbest. §. 59. 60. vgl. Theresiana Art. 3 §. 6. 10. u. C. Max. I, 12. §. 6 nebst den Anm. (wo bes. Cocceji, Stryk u. Böhmer citirt sind). Pr. LR. §. 76. 77 (hier wird der Unterschied darnach gemacht, ob der Rathende bei der Ausführung anwesend war oder nicht). s. auch noch Stübel Theiln. §. 47. j. 35. und S. 120. n. 80. Mittermaier N. Arch. VIII. 336—342.

3) Sächs. GB. Art. 36. 37. Braunschw. §. 41. 46. Thüring. Art. 34. 35. Preuß. §. 34. Anders Hannövr. GB. Art. 53. Wirt. 74. Unrichtig und ungenau ist, was Luden Hdb. I. 456. n. 5 sagt. Die Frage, wie die Anstiftung eines schon Entschlossenen anzusehen sei, wird meist irrig (sc. daß sie sich in Beihilfe verwandle) entschieden. Bair. GB. Art. 46, 2. Weiß S. 180. Leonhardt S. 240. Breym. S. 203 ob. Bad. GB. §. 120. vgl. übr. Hufnagel StrfGB. m. Anm. S. 492 unt. Breidenbach I, 2. S. 250. n. 2.

4) Dies bezieht sich namentlich auf das bair. und preuß. GB., dagegen nicht auf das hess. und badische, welche den Begriff des Hauptgehilfen enger begrenzen.

5) Bei den Italienern war noch Schwanken; vgl. August. z. Ang. §. Dictus Andreas n. 2 sq. Farin. qu. 129. n. 37—39. vgl. qu. 130. n. 27—30. qu. 131. n. 13. s. dag. Kress p. 646. vgl. Carpzov qu. 87. n. 33. Böhmer med. ad art. 148. §. 1. art. 177. §. 8. Quistorp §. 54 und sogar noch Jarcke I. 230. n. 5.

6) Kleinschrod I. §. 178 (freilich zum Nachtheil des Komplottbegriffs, da der Standpunkt noch abstrakt objektiv ist). v. Schirach N. Arch. I. 520. Henke I. 531. Martin §. 74. n. 11. Wächter §. 90. n. 87. Abegg S. 118. Roßhirt Entw. S. 268. Bauer Abh. I. 442. Heffter §. 86. n. 4. Marezoll S. 188. A. M. Dollmann in d. krit. Ueberschau I. 172. (Dieser findet freilich fast alle Begriffsunterschiede in dieser Lehre subtil!).

7) N. Rev. S. 482 ist hiernach zu ergänzen; s. aber S. 509.

mischenden Standpunkt und heben deshalb nur die vorher zugesagte Begünstigung als einen Fall der Beihilfe hervor [1]). Ungeschickter Weise thun dies aber auch andre Gbücher, welche die Beihilfe im Ganzen prinzipiell richtig behandeln [2]), kommen aber dann doch insofern wieder relativ auf das Richtige, als sie auch in der bloßen Zusage einer Beihilfe mindestens einen strafbaren Versuch sehen [3]) — Eine geleistete Beihilfe deshalb, weil sie vorher zugesagt war, in abstr. für strafbarer anzusehen [4]), liegt kein Grund vor. Ueberhaupt läßt sich nicht mehr sagen, als daß die Beihilfe um so strafbarer erscheine, je mehr sie theils zur Bestärkung der Absicht des Urhebers, theils zur Erleichterung ihrer Ausführung beigetragen habe [5]).

§. 94.

Gemäß der abgeleiteten Natur der Beihilfe richtet sich auch der Schuldgrad des Gehilfen im konkreten Falle stets nach dem des Urhebers, soweit nur überhaupt für die von letzterem beabsichtigte Handlung der Gehilfe auch für sich als für ein Verbrechen verantwortlich werden kann (§. 93. Anm. 4). Wie hiernach im Fall der Strafbarkeit beider nicht die individuell bestimmte Strafe des Urhebers den Maßstab bildet, so hängt auch, das Beabsichtigtsein einer strafbaren Handlung überhaupt vorausgesetzt (§. 15. 29. Anm. 3. §. 36. 37), die Strafbarkeit des Gehilfen nicht davon ab, daß der Urheber im konkreten Fall straffällig sei, was wegen Unzurechnungsfähigkeit, wegen Todes, Begnadigung 2c., aber auch deshalb ausbleiben kann, weil der (entschlossene) Urheber mit der Ausführung noch nicht bis zum strafbaren Versuch vorgerückt oder vom Versuch freiwillig wieder abgestanden ist. In beiden letzteren Fällen kann den Maßstab nur das Maximum der Strafe bilden, welche den bis zum Anfang des strafbaren Versuchs vorgerückten Urheber getroffen haben würde, während von hier ab die Strafbarkeit des Gehilfen nothwendig mit dem Fortschritt der urheberischen Thätigkeit bis zur Vollendung verhältnißmäßig wachsen muß. — Dagegen ist auf die Beihilfe selbst, wiewohl sie eine fortschreitende Thätigkeit und hiemit

---

1) Sächs. GB. Art. 38. Braunschw. §. 46. Thüring. Art. 36. Blieb die Zusage einer wirklichen Beihilfe unerfüllt, dann nehmen auch diese Gbücher allerdings bloß „ungleiche Theilnahme" an. s. auch Preuß. GB. §. 38, das über die Hauptfrage, wie so oft, ganz schweigt.

2) Bair. GB. Art. 76 a. E. Hannövr. Art. 68. Hess. Art. 83. Bad. §. 135. s. dag. Wirt. GB. Art. 84 (jetzt weggefallen).

3) Bair. GB. Art. 82. 83. Hannövr. Art. 72. 73. Hess. Art. 86. Bad. §. 141. vgl. sächs. Entw. Art. 57.

4) so Kleinschrod I. §. 199. Feuerbach §. 114. Henke I. 531. s. dag. N. Rev. S. 494. Heffter §. 98. n. 2.

5) Die abstrakten Gradationen im Bair. u. Hannövr. GB. sind unpassend. Eigenthümlich ist die Ansicht, daß eine in concreto entbehrlich gewesene Beihilfe gar nicht strafbar sein soll. Brackenhöft N. Arch. 1840. S. 413. 1847. S. 83. 84. Goldtammer I. 326.

ein Wachsen der Schuld, also den Typus des Versuchs nicht ausschließt, gleichwohl der Unterschied von Versuch und Vollendung nicht anwendbar, da derselbe sich bei der Beihilfe stets nur subjektiv bestimmen ließe, während er doch seiner Natur nach (s. §. 87) gerade nur objektiv festgestellt werden kann. Da nun schon im ersten Anfang der Leistung, ja schon in der Zusage (§. 93. Anm. 5) der Begriff und die Wirkung der Beihilfe vollkommen vorhanden ist, so sind auch die Grundsätze über den freiwillig aufgegebenen Versuch auf die Beihilfe nicht anwendbar. Dagegen findet der Begriff der Beihilfe in dem der Vollendung seine Grenze insofern, als der Gehilfe, der die zur Vollendung gehörige Haupthandlung begeht, dann Gehilfe zu sein aufhört und zum (Mit-) Urheber wird, wenn die Begehung der Haupthandlung ohne die Aneignung der selbständigen Absicht, das Verbrechen zu begehen, nicht denkbar ist. N. Rev. §. 138.

1) Zum ersten Theil des §. s. §. 93. Anm. 4. Anerkannt ist die Strafbarkeit der Beihilfe auch in dem Falle, wo der Urheber noch keinen strafbaren Versuch begangen hatte, im Bair. GB. Art. 81 [1]), Oldenb. Art. 87., Hannövr. [2]) Art. 71., Braunschw. §. 37.

2) Daß der technische Begriff des Versuchs im Gegensatze zur Vollendung auf die Beihilfe nicht anwendbar sei, wurde in der N. Rev. [3]) verkannt. Zwar muß auch jetzt noch die lediglich auf das Prinzip der abstrakt objektiven Kausalität gebaute Begründung des richtigen Satzes [4]) verworfen werden. Dagegen war es unrichtig, daraus, daß auch die Beihilfe eine mit dem Fortschritt der Thätigkeit wachsende Schuld zuläßt, und aus der Zweckmäßigkeit der Anwendung der Grundsätze über das freiwillige Abstehen vom Versuch [5]) zu argumentiren.

---

1) Daß Zusage der Beihilfe zu einer straflosen Handlung straflos ist (Hufnagel III. 106) versteht sich von selbst.

2) vgl. Bauer Anm. I. 518 und Leonhardt I. 299. 300, wodurch sich die Vorwürfe von Berner S. 219—221 erledigen. s. gegen diesen (und Zachariä N. Arch. 1851. S. 217—222) §. 93. Anm. 4. Uebrigens giebt derselbe S. 267. 268 für den Fall des vom Urheber freiwillig aufgegebenen Versuchs wieder eine ganz eigene Entscheidung. s. dag. auch Luden Hdb. I. 464. n. 6. S. 470. n. 13. Hufnagel III. 105. gesteht zu, daß die frühere (gemeinrechtliche) Praxis in Wirtemb. die richtige Ansicht gehabt habe. Seine Gegenbemerkungen S. 105—108 auf der Grundlage des StrafGbs beruhen theils auf der zu Art. 87 von ihm selbst bekämpften abstrakten Auffassung der accessorischen Natur der Beihilfe, theils auf einem Rückfall in die ältere Ansicht, daß die Beihilfe causam dans gewesen sein müsse. vgl. den Fall S. 108—122 (wo weder der Ref., noch das Kolleg. Recht hatte). Breidenbach I. 2. S. 382 (s. aber S. 381!) Breym. S. 200. Bem. 2. A. M. ist auch Goldtammer I. 323—331.

3) S. 504—509. Der N. Rev. hat sich in dieser Frage Berner angeschlossen S. 220—224. s. dag. Luden Hdb. I. 460—468. Zachariä N. Arch. 1851. S. 223 (wo übrigens ganz unbefugter Weise gesagt ist, daß sich die Darstellung in der N. Rev. auf lauter petitiones princ. bewege).

4) Feuerbach Revis. II. 247. 248. Martin §. 82. n. 17. s. dag. N. Rev. S. 501. 505.

5) Gleichwohl ist auch Zachariä a. a. O. S. 224 wieder in diese Falle gegangen.

Vielmehr entscheidet gegen die Uebertragung des Begriffs der Vollendung auf die Beihilfe der im §. angegebene Grund [1]). Allerdings nehmen übrigens mehrere neuere Gesetzgebungen einen Versuch der Beihilfe an [2]). Indessen haben sie selbst eingesehen, daß trotzdem die Grundsätze über die Straflosigkeit bei freiwilligem Wiederaufgeben nicht auf die Beihilfe anzuwenden sind [3]). Denn letztere beruht darauf, daß durch Zurücknahme der Absicht die äußere Thätigkeit zu einer ganz indifferenten herabsinkt, was daher auch nur geschehen kann, wenn noch res integra ist. Gerade dieses ist aber nie mehr der Fall, wenn man Beihilfe zugesagt oder zu leisten angefangen hat [4]). Steht man nun auch freiwillig von der Leistung oder Fortsetzung der Leistung [5]) ab, so hatte man doch einmal bereits Beihilfe geleistet; dies kann nicht ungeschehen gemacht werden, wiewohl natürlich die Strafe viel geringer ausfallen muß, als wenn man die Zusage erfüllt, den Anfang fortgesetzt hätte. Soll daher für den Gehilfen Straflosigkeit durch Sinnesänderung möglich werden, so kann es nur unter der Bedingung geschehen, daß die durch die Zusage oder den Anfang der Leistung in's Leben getretene intellektuelle Förderung positiv wieder aufgehoben wird, — durch rechtzeitige ausdrückliche Erklärung des Rücktritts oder durch rechtzeitige Benachrichtigung der Obrigkeit [6]). Ist infolge der ersteren der Urheber gar nicht zur Ausführung geschritten, so versteht sich die Straflosigkeit des Gehilfen vollends von selbst [7]).

---

1) Zachariä Versuch I. §. 38—41. Kitka S. 78. Breidenbach I, 2. S. 379—382. — A. M. Mittermaier N Arch. I. 179. Hepp Versuche S. 265 f. und N. Arch. 1836. S. 41—44. Roßhirt Lb. § 31. Bauer Abh. I. 459. Heffter §. 85. n. 3. Hufnagel III. 104 ff. vgl. übr. auch Bauer Lb. §. 78. n. d.

2) Bair. GB. Art. 82. Hannövr. Art. 72. vgl. Wirt. Kammerverh. b. Hufnagel I. 181. 182 Note.

3) Noch unklar sind übrigens das bair. (Art. 81, 2. 82. j. 83) und das hannövr. GB. Art. 72. 73. s. jedoch Leonhardt I. 300—303. Nur das thüring. GB. Art. 35, 1 wendet den fraglichen Grundsatz unbedenklich und ohne alle nähere Bestimmung (!) auf Zusage der Beihilfe (ja noch auf ganz andere intell. Einwirkungen) an.

4) Gerade den Nerv der Sache verkennt gänzlich Zachariä N. Arch. 1851. S. 224. Gar nicht erwähnt diese, wie andere praktischen Fragen Berner.

5) Das bair. GB. Art. 82 legt darauf Gewicht, ob die angefangene Beihilfe dem Urheber bereits von Nutzen gewesen sei. Aehnlich Hufnagel III. 106 unt. 107. 108. Allein dies ist nur eine Konsequenz der irrigen abstrakt objektiven Auffassung. vgl. auch Braunschw. Mot. Breym. S. 210.

6) Hufnagel III. 107 oben. Breidenbach I, 2. S. 379—381. Leonhardt I. 300—303. Bajard. ad Clar. §. fin. qu. 88. n. 4. — Bair. GB. Art. 82, j. 83. Hannövr. Art. 72. 73. Wirt. Art. 88. Ges. 13. Aug. Art. 14, 2 (läßt die Anzeige bei der Obrigkeit weg). Hess. Art. 86. Bad. §. 141. Braunschw. §. 51. j. 69. nr. 2. 3 (richtig). Luden Hdb. I. 465—468. N Rev. S. 509. Der bair. Entw. Art. 47 beschränkt den Satz auf Zusage der Verheimlichung oder Hilfe nach vollbrachter That.

7) Ausdrücklich erklärt dies das braunschw. GB. §. 69. nr. 2. j. §. 51 und wendet es auch auf den Fall an, wenn trotz des erklärten Rücktritts der Urheber zum Verbrechen schreitet. Sonderbar ist aber die Meinung, daß der Urheber in diesem Falle gleichwohl noch infolge der Zusage des Gehilfen handeln könne, und ungerecht die in diesem Falle verfügte Bestrafung des Gehilfen. s. dag. Hufnagel III. 107. oben. (Unrichtig nimmt aber dieser S. 106, vorletzter Satz, auch ohne Erklärung des Rücktritts Straflosigkeit an, wenn auch der Urheber aus eigener Bewegung unthätig bleibt.) Das sächsische GB. läßt die ganze Frage bei Seite liegen (s. übrigens

3) Daß der Gehilfe auch die Haupthandlung selbst begehen könne, ohne die Eigenschaft des bloßen Gehilfen zu verlieren, konnte natürlich von allen denjenigen nicht anerkannt werden, welche den Unterschied zwischen Urhebern und Gehilfen bloß auf das Prinzip der objektiven Kausalität gründen. Allein der Satz folgt aus der richtigen Bestimmung dieses Verhältnisses [1]). Indessen muß er auf die im §. a. E. angegebene Weise näher begrenzt werden [2]).

§. 95.

Beihilfe kann auch durch Unterlassung geübt werden (negative Beihilfe), d. h. dadurch, daß man entweder a) ein fremdes bevorstehendes Verbrechen, während man es ohne Gefahr thun könnte, vorsätzlich nicht verhindert (direkt oder durch Warnung des Gefährdeten, resp. Anzeige bei der Obrigkeit), oder b) die Nichtanzeige eines fremden Verbrechens für den Fall, daß es begangen sein werde, zum Voraus zusagt. — Dagegen giebt es keine allgemeine Rechtspflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen, deren (auch kulpose) Versäumung an sich strafbar machte. N. Rev. S. 486—493 [3]). —

1) Die Frage wird meist, wie überhaupt, so auch in Beziehung auf das gemeine Recht irrthümlich nur dahin gestellt: ob eine allgemeine Pflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen, zur Anzeige derselben, zur Beschützung der Gefährdeten 2c. überhaupt oder positivrechtlich existire? Die Frage ist an sich richtig; aber unrichtig ist es, wenn man mit ihrer Verneinung auch die negative Beihilfe beseitigt glaubt. Ebenso irrig ist es, wenn man bei der Frage über die negative Beihilfe so oft vergißt, daß es sich hiebei stets nur von einem dolosen Benehmen handelt. — Daß nun das römische Recht die dolose Nichtverhinderung

---

Weiß S. 151. N Jahrb. III. 102. A. M. Luden S. 468). Ebenso das preußische. Ungenügend ist Goldtammer I. 323 (vgl. 310, wo von der Anstiftung das Gegentheil behauptet wird). Nach dem wadtl. GB. Art. 49 ist bei allen Arten von Theilnahmen schon ernstliches Streben zur Verhinderung ein Strafmilderungs, — resp. Aufhebungsgrund.

1) Heffter §. 84 n. 4. N. Rev. S. 470. Fall bei Hufnagel I. 621.

2) Berner S. 214—217. Goldtammer I. 321. Nur theilweise ist richtig, was Luden Hdb. I. 475. 476. n. 2 sagt (ähnlich Thilo S. 152)

3) Müller (Schramm) de conniventia 1660. Schröter quomodo nuda scientia crim. quem. inv. 1686. Willenberg. de scientia del. 1697. Gebauer de imputat. facti al. 1726. Crell de poena silentii 1742. J. H. Böhmer ad Pand. VI. Exerc. 97. p. 258. Henne de crim. silentii. 1761. Püttmann de crim. conniventiae 1781. Westphal de consort. § 21. Kress ad art. 177. p. 659. 660. Böhmer med. ad art. 177. §. 7. Meister rechtl. Erk. I. 30. n. 25. III. 48. Engelhard peinl. R. §. 74. v. Globig und Huster Abh. S. 150. B. Turin Ueb. des Verbr. geheim z. sein S. 40 f. Quistorp §. 61. Kleinschrod syst. Entw. I. §. 201. 202. Stübel Thatbest. §. 43—51 (s. dagegen Theilnahme S. 58—62). Grolman §. 35. Feuerbach §. 49. Oersted Grundreg. S. 201—205. Henke I. 280—282. Schröter §. 142. Martin §. 77. Wächter §. 91. n. 88. Tittmann I. §. 111. Jarcke I. §. 37. Roßhirt Entw. S. 229—245. 263. Bauer Abh. I. 456. Heffter §. 81. n. 2. Marczoll S. 128. 129. Luden Hdb. I. 217. 218. n. 2. 3. S. 363. n. 11. S. 453. Hepp N Arch. 1837. S. 30 f. 1849. S. 135 f. 287 f. Mittermaier u. Morstadt n. z. F. §. 49. Hahn von der Pflicht z. Denunz. 1839. Swinderen de reticent. crim. 1834. Berner S. 226 f. Simoni dei delitti I. p. 161. Hélie II. 82—84.

den übrigen Arten der Theilnahme am Verbrechen wenigstens im Kreise des öffentlichen [1]) Strafrechts durchaus gleich behandelt habe, beweisen die Bestimmungen über die conscii, die keineswegs mit Komplottanten, aber ebensowenig mit nichtdolosen bloßen Mitwissern zu identifiziren sind, und denen andre ganz gleichgestellt werden, die eben nur dolo nicht verhindern [2]). Außerdem ist die Regel auch allgemein ausgesprochen [3]). Dagegen ist das römische Recht allerdings weit entfernt gewesen, aus der einfachen (nicht komplottmäßigen, vorher versprochenen, erkauften, überhaupt nicht bezüglich der Beförderung des bestimmten Verbrechens dolosen) Nichtverhinderung ein allgemeines Polizeivergehen zu machen. Vielmehr straft es dieselbe nur in besondern Fällen, theils an solchen, denen eine bestimmte Pietätspflicht obliegt, Andre vor rechtswidrigen Angriffen zu schützen [4]), theils an solchen, welche die Verbindlichkeit haben, gewisse ihnen näherstehende Personen von Verbrechen abzuhalten [5]). — Dagegen hat das kanonische Recht allgemein ausgesprochen, daß Nichtverhinderung als negative Beihilfe anzusehen sei [6]). — Gleichwohl hat sich dadurch die italienische Jurisprudenz nicht abhalten lassen, auf das römische Recht zurückzugreifen, — keineswegs jedoch in der oberflächlichen Weise, wie es ihr untergelegt wird [7]). Denn sie unterschied ganz richtig die dolose Nichtverhinderung als eine Spezies des Komplotts oder der Beihilfe von der negligentia in non obviando oder non revelando [8]). Nur auf die letztere bezieht sich ihre Lehre, daß es keine allgemeine Verhinderungspflicht gebe, sondern nur unter besonderen persönlichen Verhältnissen [9]). Gleichwohl fehlte es keineswegs an solchen, welche geradezu eine allgemeine Verhinderungspflicht statuirten, nur daß sie von der poena or-

---

1) Im Privatstrafrecht herrschte das Prinzip der objektiven Kausalität vor. l. 9 §. 1 D. quod met. causa (4. 2). l. 48 §. 1. l. 62 D. de furt. (47. 2). Böhmer med. ad art. 177. §. 7. Ziegler S. 44. 45. vgl. l. 4 §. 4. j. l. 1 §. 1 D. de cond. ob turp. caus. (12. 5).

2) L. 10 §. 2 D. quae in fraud. credit. (42. 8). l. 6. 7 D. ad l. Pomp. (48. 9). §. 6. 8 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 16 C. de quaest. (9. 41). l. 5 §. 6 C. ad leg. Jul. maj. (9. 8). Paul V, 4 §. 14, 23. §. 17. l. 9 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 29 §. 2 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. un. §. 2 C. de rapt. virg. (9. 13). Cic. p. Cluent. 20. J. Gothofr. ad l. 3 C. Th. de sicar. (9. 14). Schrader Instit. p. 767. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 18 n. 38. Richtiger Rein S. 200. 201. Ziegler S. 41. n. 2. S. 46 (nicht ganz übereinstimmend S. 48. n. 1).

3) l. 50. 109 D. de R. J. (50. 17) j. l. 10 §. 2 D. cit. Ziegler S. 46. n. 3 (s. übr. auch Leyser Sp. 534 med. 10 und Jauch ib. cit.).

4) L. 2 D. ad l. Pomp. (48. 9). l. 1 §. 18. l. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 6 §. 8. 9 D. de R. M. (49. 16).

5) L. 44 §. 1. l. 45 pr. D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 2 pr. l. 3. 4 pr. D. de nox. act. (9. 4). l. 1 §. 1 D. si familia (47. 6). vgl. Matth. Prol. c. 1. n. 15. 16. Singulär ist l. 4 §. 2 D. de off. procons. (1. 16).

6) Csa. 2. qu. 7. c. 55. Csa. 23. qu. 3. c. 7. 11. Nicht das Prinzip war falsch, aber die Präsumtion des dolus. vgl. Kaiserr. II. 59. Rechtsb. K. Ludwigs Tit. 4. §. 2. (Heumann p. 69).

7) Roßhirt Entw. S. 239. 240, theilweise auch Tittmann I. §. 111 (der in not. r. wenigstens auf die Erörterungen über das adstare in del. Rücksicht nimmt). Hélie II. p. 82. 83.

8) Farinac. qu. 51. n. 1. j. n. 4 sq. qu. 132. n. 29—31. (u. bes. Gandinus, Clarus, Menochius, Mascardus ib. citt.)

9) Farinac. qu. 130. n. 63. j. n. 61—71 und qu. 51. n. 4 sq.

dinaria abstrahirten [1]). Auch diejenigen aber, welche der entgegengesetzten Ansicht waren, ließen die Regel bei gewissen schweren Delikten nicht gelten [2]). Hiebei ließ es auch die deutsche Doktrin, wobei es nicht an allerlei willkührlichen Modifikationen fehlte [3]), wie denn namentlich Karpzov [4]) sich — wenn auch nicht mit Entschiedenheit und von Späteren meist ungefolgt — dahin neigte, Nichtverhinderung überhaupt und nur nach Umständen schwerer oder milder mit einer poena extraordinaria zu bedenken. Auch bei ihm findet sich aber das Bewußtsein, daß es Fälle der Nichtverhinderung gebe, die eine schwerere Strafe und selbst die poena ordinaria verdienen. Während aber die Italiener zum Theil der Sache eine prozessualische Wendung gegeben, d. h. von einem in der Nichtverhinderung liegenden indicium societatis occultae rc. gesprochen hatten, wofür man die Tortur in Aussicht stellte, so unterschied er mit andern derselben [5]) zwischen conscii participes und einfachen (bloß passiven) conscii; die ersteren sollten der poena ordinaria, die letzteren dagegen nur einer extraordinaria verfallen. Jene conscii participes, in welchen der ganz richtige Gedanke der dolosen Nichtverhinderer sich verbarg, wurden später noch mehr materialisirt, d. h. es wurde gefordert, daß sie „bei dem Faktum wenigstens einigermaßen konkurrirt haben sollten" [6]). Die sofort auftauchende abstrakte Rücksichtnahme auf die objektive Kausalität bemächtigte sich auch dieser Lehre [7]) und es wurde unterschieden, inwieweit das passive Verhalten zum Zustandekommen des Verbrechens beigetragen habe oder nicht. Eben hiermit entfernte man sich aber von dem hier allein entscheidenden subjektiven Momente immer mehr und überlieferte die ganze Frage einer Willkühr, deren Wirkungen noch heute fühlbar sind. Namentlich wurde die Beziehung auf die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen immer mehr in den Hintergrund geschoben und die Frage über die allgemeine Verhinderungspflicht vorangestellt, die man denn aus dem „staatsrechtlichen" Gesichtspunkte erörterte [8]). Mit Recht wurde nun meist eine solche in Abrede gestellt, übrigens mit größter Willkühr eine Reihe von Ausnahmen gemacht, namentlich bei allen Staat u. Gesellschaft berührenden Delikten, beim Vorhandensein besonderer Ver-

---

1) Gandinus tit. de praesumtion. n. 24. Menoch. arb. quaest. II. c. 355. s. dag. Farinac. qu. 51. n. 3 sq. Beim crimen. maj. wollten Bart. u. A. die Todesstrafe verhangen. Bald. sagte aber, dafür werde Bartolus Seele in inferno gemartert.

2) Clar. §. fin. qu. 87. n. 1—3 (nimmt nur das crim. maj. aus). s. dag. Bajard. n. 13. 14. Felin., P. a. Plac. s. auch Matthaeus Prol. c. 1. n. 15. s. dag. Farin. qu. 51. n 53. 54. (crim. maj. und parric.).

3) Carpzov qu. 11. n. 44—55. qu. 134. n. 63—65. Kress p. 656. 657. 659. 660. Leyser Spec. 612.

4) Oberflächlich faßt ihn Roßhirt a. a. O. auf.

5) s. z. B. Clar. §. fin. qu. 87. n. 4. Drogh. ib.

6) Matth. ad lib. 48. tit. 6. c. 1. n. 8. Leyser Sp. 612 med. 7 und Brunnemann und Berger ib. citt.

7) Leyser l. c. med. 7—9. Sp. 541. med. 15. Böhmer ad Carpz. qu. 11. obs. 8. vgl. aber med. ad art. 177. §. 7.

8) s. schon Kress l. c., der den Unterschied von Moral und Recht hereinbringt, — bes. aber Quistorp §. 61. 62. Eisenhart Rechtshändel X nr. 4. 7. Funkler de crim. ommiss. c. 1. §. 7., Meister rechtl. Erf. I. dec. 30. n. 25—27. Westphal de consort. §. 21. Kleinschrod I. §. 201 und Wieland und Püttmann ib. citt. Cocceji de socio I. §. 23. Hélie II. p. 82—84.

hältnisse rc. rc. [1]). Die Gesetzgebung des 18. Jhs. dagegen erklärte sich für allgemeine (wenn auch arbiträre) Bestrafung der Nichtverhinderung [2]), zum mindesten bei allen irgend gemeinschädlichen Delikten [3]), ohne den Gedanken der negativen Beihilfe zu respektiren, der im polizeilichen Gesichtspunkte untergieng, während die Reichsgesetze nur bei bestimmten Verbrechen (Hochverrath, Landfriedensbruch, Befehdung) eine allgemeine Verhinderungspflicht aufgestellt hatten [4]). Auch in der neueren Doktrin wurde meist der politische und polizeiliche Gesichtspunkt in den Vorgrund gestellt und der rechtliche in Verwirrung gebracht [5]). Zwar stellte Stübel beide nebeneinander [6]), so zwar, daß er gemäß seiner Vorliebe für das abstrakte Prinzip der objektiven Kausalität die Nichtverhinderer sogar unter die Miturheber rechnete. Allein es war klar, daß es dieses Falls der staatsrechtlichen Dedution gar nicht bedurft hätte. Daher verwarfen Andre die rechtliche Ausführung Stübels und hielten sich blos an die politische, welche übrigens jede Beschränkung auf schwerere oder besonders auf Staatsverbrechen verwarf [7]), wogegen die Meisten einen Mittelweg einschlugen, d. h. die Nichtverhinderung nur unter Voraussetzung bestimmter Verhältnisse [8]) oder auch wohl allgemein bei Staatsverbrechen [9]) für strafbar erklärten, dabei aber dieselbe unter den Gesichtspunkt der Theilnahme am Verbrechen (Beihilfe, resp. Miturheberschaft) stellten. Dieser Mittelweg war jedenfalls verwerflich. Man mußte sich entweder für den rechtlichen oder den polizeilichen [10]) Gesichtspunkt entscheiden, und, wenn man in der Nichtverhinderung nur noch ein besonderes Unterlassungsverbrechen sah, durfte man sie nicht als eine Art der Theilnahme betrachten. Richtiger aber haben mehrere Neuere beide Gesichtspunkte für sich gewürdigt, d. h. einerseits ein nur unter Voraussetzung bestimmter besondrer Verhältnisse begründetes polizeiliches Unterlassungsverbrechen der Nichthinderung angenommen, andrerseits aber anerkannt, daß darin auch eine wahre (negative) Theilnahme am Verbrechen liegen könne, dann nämlich, wenn sie vorher zugesagt gewesen sei [11]). Auch dies ist jedoch eine Halbheit; denn dasselbe muß von doloser Nichtverhinderung überhaupt angenommen werden, deren Beweis freilich

---

1) s. bes. Kleinschrod I. §. 201. 203.

2) Cod. Max. I. c. 12. §. 2. (Die Anm. berufen sich auf Grotius u. Pufendorf, bes. aber auf Leyser und Jauch.) Preuß. LR. II, 20. §. 80—82. vgl. sächs. Generale 30. April 1783. §. 21.

3) Theres. Art. 3. §. 13. 14 (wo aber dafür auch eine Rechtspflicht zur Anzeige begangener Verbrechen statuirt wird).

4) Gold. B. c. 24. §. 6. Erkl. d. Landfr. 1522. Tit. 11. Die P.G.O. schweigt.

5) N. Rev. S. 486—493.

6) Thatbestand §. 43—54. s. jedoch Theilnahme S. 58—62.

7) Oersted Grundregeln S. 201—211. v. Globig und Huster Abh. S. 150. Bernh. Turin üb. das Verbrechen geheim zu sein. Kap. 3. S. 40 f. Schröter §. 142.

8) Feuerbach §. 49. Tittmann I. §. 111. Roßhirt Entw. S. 242—245. Mittermaier n. 1. z. F. §. 49. Bauer Abh. I. 456 Not. Abegg S. 119. 120. Heffter §. 81. n. 2. Marezoll S. 128. 129.

9) Martin §. 77 (vgl. Kleinschrod I. §. 201.)

10) so Wächter §. 91. n. 88. Grolman §. 35. Henke I. 280—282.

11) Henke a. a. O. Mittermaier n. 1. z. F. §. 49. Hepp a. a. O. Heffter §. 84 a. E. Bauer Abh. I. 424.

durch eine vorher gegebene Zusage leichter zu führen sein wird [1]). Ist aber einmal dieser Satz festgestellt, so erscheint es als überflüssig und unwürdig, noch außerdem aus der — auch nicht dolosen — Nichtverhinderung ein allgemeines, oder auch für schwerere Verbrechen, gemeinschädliche, Staatsverbrechen u. dgl. berechnetes polizeiliches Unterlassungsvergehen zu machen [2]), vielmehr rechtfertigt sich dies bloß für besonders zu Aufmerksamkeit verpflichtende Dienst- oder häusliche Gewaltsverhältnisse. Was endlich die Frage betrifft, ob unter Voraussetzung des dolus in der Nichtverhinderung auch mehr als bloße Beihilfe, nämlich wahre Miturheberschaft liegen könne, so ist diese, sobald man das abstrakte Prinzip der objektiven Kausalität verwirft [3]), unbedenklich zu bejahen [4]).

2) Von den deutschen Gesetzgebungen der neueren Zeit war die östreichische die erste und die einzige, welche im Wesentlichen rein den rechtlichen Gesichtspunkt festhielt, indem sie eben nur die dolose Nichtverhinderung mit Strafe bedrohte und nur beim Hochverrathe die Strafe höher ansetzte [5]). Dagegen herrscht im bairischen bereits wieder der polizeiliche (Art. 78), jedoch ohne Beseitigung des rechtlichen, der seinen richtigen Ausdruck gefunden hat [6]). Ebenso im sächsischen (Art. 39), wo nur statt des dolus „eigner Vortheil" verlangt und das Polizeivergehen [7]) auf schwerere Verbrechen eingeschränkt, übrigens zugleich die allgemeine Strafbarkeit der Nichtverhinderung bei vorhandener Amtspflicht ausdrücklich hervorgehoben wird. Den rein polizeilichen Boden betraten das Wirtemberg. (Art. 93) [8]), Braunschw. (§. 48) [9]), Bad. (§. 146) [10]) und Preuß. (§. 39) [11]) GB., indem sie die Verhinderung, resp. Anzeige fremder Verbrechen in größerem oder geringerem Umfange zu einer allgemeinen Bürgerpflicht machen, ohne auf den Begriff der Theilnahme zu reflektiren, — Bestimmungen, die übrigens die Praxis durchaus nicht hindern, bei nachweis-

1) Eine Annäherung hieran s. bei Tittmann I. §. 111. not. r. und Luden Hdb. I. 363. n. 11. S 458 (?). Bestimmter bei Jarcke I. §. 37. Berner S. 227. 232. vgl. Hufnagel III. 99. 121. StrafGB. mit Anm. S. 90. n. 1.

2) Viel zu weit geht hier noch Jarcke a. a O. s. dag. bes. Henke, Luden a. a. O. Hepp N. Arch. 1849. S. 292. N. Rev. S. 492. 493. vgl. Hélie III. 65. 66. Mittermaier Fortbildung I. 178.

3) vgl. die entgegengesetzten Entscheidungen von Stübel a. a. O. und Luden Abh. II. 251 f. und Hdb. I. 363. 458.

4) s. N. Rev. S. 492. vgl. Roßhirt Entw. S. 244. 263. A. M. Kleinschrod I §. 183. Henke I. 268. Berner S. 278. 279.

5) §. 191. 192. Jenull II. 392 f. vgl. jetzt §. 212. 213. 215. Derselbe richtige Gedanke findet sich auch im Wirtemb. Majest.-Ges. von 1810. Art. 9. 10. s. auch das Zürch. GB. §. 54. 55, das jedoch mit Unrecht bloß unter besonderen Verhältnissen Strafbarkeit annimmt.

6) Der C. pénal hatte sich nur auf den polizeilichen Boden gestellt, übrigens die Nichtanzeige nur bei bevorstehenden Staatsverbrechen für strafbar erklärt. art. 103—107. Das Gesetz 28. April 1832 hob jedoch diese Bestimmungen auf.

7) Das freilich kriminell bestraft wird. Im Wesentlichen übereinstimmend ist das thüring. GB. Art. 39 und der sächs. Entw. Art. 66.

8) vgl. Art. 143. 213. 215. 216. u. in Bez auf Beamte Art. 402. 408, 2. 3. Art. 441, 444, 2. 445, 1. Hufnagel I. 189—197. III 124—126. StrafGB. m. Anm. S. 88—90, u. (zum Theil kleinlich u. gesucht) Hepp N. Arch. 1849. S. 135—154.

9) über Amtsverhältnisse s. §. 270. 278. 281. Auch die Nichtverhinderung kulposer Verbrechen ist als strafbar erklärt. Breym. S. 209. 210.

10) Thilo S. 158. 159.

11) Beseler S. 171—174. Goldtammer I. 343—345.

barem dolus den Gesichtspunkt der Theilnahme (Beihilfe oder Urheberschaft) eintreten zu lassen, besonders dann, wenn die Nichtverhinderung zuvor versprochen war [1]). Im geringsten Maß wurde der polizeiliche Standpunkt im Hannövr. (Art. 67. 68. 126) [2]) und Hess. (Art. 92) [3]) GB. ausgebeutet, von welchen Bestimmungen übrigens das Ebengesagte gleichfalls gilt. Beide nämlich stellen beim Hochverrathe eine allgemeine Verhinderungspflicht auf, beschränken dieselbe aber sonst auf Verhältnisse des öffentlichen Dienstes und der häuslichen Gewalt, — jedoch so, daß es möglich bleibt, auch andre Personen wenigstens wegen versprochener Nichthinderung als negative Gehilfen zu strafen [4]). In Wirtemberg ist im J. 1849 der Art. 93 aufgehoben, übrigens doch die Ausnahme bei Hochverrath und Münzverbrechen aufrecht erhalten worden [5]). Eine richtige Bestimmung ist es jedenfalls, wenn den näheren Verwandten meist (soweit nicht Amtspflicht eingreift) [6]) nur eine nicht zum obrigkeitlichen Einschreiten führende Verhinderungsthätigkeit zur Pflicht gemacht wird [7]) (theilweise auch den Beichtvätern, z. B. in Wirtemb., im thüring. GB. rc.).

3) Wo es sich um bereits begangene Verbrechen handelt [8]), da kann begreiflich von einer negativen Beihilfe nur dann die Rede sein, wenn die Nichtanzeige des Verbrechens für den Fall, daß es begangen sein würde, vorher zugesagt wurde.

2. Intellektuelle Urheberschaft.

§. 96.

Den Gegensatz zu dem in der Beihilfe (§. 93) liegenden passiven Momente des Bestimmtseins oder Sichbestimmenlassens bildet das in der intellektuellen Urheberschaft (Anstiftung) überwiegend hervortretende aktive Moment des Bestimmens, sofern hier ein Subjekt abstrakt als geistiger Schöpfer einer Handlung auftritt, behufs deren physischer Vollziehung mithin ein andres Individuum — sei es als Gehilfe oder als Urheber (§. 94 a. E.) — hinzutreten muß.

---

1) s. bes. Hufnagel a. a. O.

2) Bauer Anm. I. 513 f. Leonhardt I. 289. 290. Sowohl in Amts- als häuslichen Verhältnissen ist dolus vorausgesetzt.

3) vgl. Art. 88, 2. 134. 138. Breidenbach I, 2. S. 401—403. 416—422. Bei Beamten rc. wird dolus erfordert, in Art. 88, 2 nicht.

4) Breidenbach S. 419. Hannövr. GB. Art. 68, nr. 5.

5) s. darüber eine verbitterte Kritik b. Hepp N. Arch. 1851. S. 53 ff. Natürlich ist auch die Strafbarkeit der Nichtverhinderung in Amtsverhältnissen stehen geblieben. Das Richtige trifft der bair. Entw. Art. 52—54, doch beschränkt er die Strafbarkeit doloser Nichthinderung überhaupt unnöthiger Weise auf die schwersten Verbrechen.

6) s. Sächs. und Thüring. GB. a. a. O. Braunschw. §. 49.

7) Bair. GB. Art. 79. Sächs. Art. 41, 2. Hess. Art. 88, 2. Bad. §. 147. Thüring. Art. 40. Wirt. Ges. 13. Aug. Art. 21. Bair. Entw. Art. 52. Zürich. GB. §. 55. Anders preuß. GB. a. a. O. Eigenthümlich ist das Braunschw. GB. §. 49. vgl. Hannövr. Art. 68. nr. 6.

8) Wozu auch abgeschlossene Versuche, fortgesetzte und fortdauernde Verbrechen gehören. Theilweise A. M. Hepp N. Arch. 1849. S. 142—144.

Von einem Kausalitätsverhältnisse ist jedoch in der Sphäre der Freiheit nie die Rede. Soll daher durch intellektuelle Einwirkung ein Verhältniß der Theilnahme (§. 92) begründet werden, so muß auf Seiten des Thäters stets Selbstbestimmung (in Form des dolus oder der culpa) vorhanden sein. Es findet somit keine intellektuelle Urheberschaft als solche statt, wo beim Thäter die Zurechnung wegfällt, derselbe also nur als willenloses Werkzeug des intellektuell Einwirkenden erscheint. Dies ist dann der Fall, wenn der Thäter zurechnungsunfähig oder von dem intellektuell Einwirkenden in einen die Zurechnung aufhebenden Irrthum versetzt ist. In beiden Fällen erscheint der Letztere ebensowohl als alleiniger (unmittelbarer — §. 90) Urheber, wie dann, wenn er den Thäter vermittelst einer vis absoluta wirken läßt, wo die intellektuelle Thätigkeit völlig in die physische übergeht. Intellektuelle Urheberschaft als solche (Anstiftung) setzt vielmehr überall einen Thäter voraus, der sich durch die intellektuelle Einwirkung zu wirklichem Handeln bestimmen läßt. Sie erfordert daher auch auf Seiten des intellektuell Einwirkenden stets dolus, während die zuvor beschriebene (resp. intellektuelle) Urheberschaft auch kulpos stattfinden kann. Ihr Stufengang ist a) Anstiftung zu bloß kulposer Thätigkeit oder bloßer Beihilfe, b) Anstiftung zu doloser Thätigkeit eines schon für sich Entschlossenen, c) eines noch nicht für sich Entschlossenen. N. Rev. §. 139—142 [1]).

1) Die Darstellung der Lehre von der Anstiftung leidet bei älteren und neueren Kriminalisten vielfach an Unklarheit, Unbestimmtheit und Einmischung falscher oder nicht hierhergehöriger Vorstellungen. Hierher gehört vor Allem die irrige Ausdehnung des Begriffs der intellektuellen Urheberschaft (Anstiftung) auf die im §. bezeichneten Fälle, wo der intellektuell Thätige vielmehr alleiniger (unmittelbarer) Urheber ist. Gänzlich verkehrt ist es, wenn dies sogar für den Fall geschieht, wo der eine den andern durch körperlichen Zwang (vis absoluta) zur Begehung eines Verbrechens verwendet [2]). Allein dasselbe findet auch dann statt, wenn die Einwirkung eine bloß intellektuelle, der Thäter aber unzurechnungs-

---

1) s. die Literatur zu §. 89. Dazu Stryk de j. blanditiarum 1672. de j. persuasionis 1678. de imputatione facti alieni 1688. de mandato delinquendi 1690. Gebauer de imputat. facti alieni. 1726. Lyncker de mandato rei turpis. 1699. Püttmann opusc. n. 1. 7. Leyser Sp. 183. 534. Reinharth, Cramer zu §. 93. Anm. 5. citt. Schwendendörffer de comminatione 1668. Gerdes de minis. 1681. Crell de poena instigationis 1751. Ziegler de ratihabitione 1670. Emminghaus de mandato tacito 1794. Abegg N. Arch. XIV. 453 f. 1841. S. 379 f. Heyer Abhandl. I. 33 ff. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 498 f.

2) s. z. B. Kitka Zusammentreffen S. 55. Mittermaier n. 1. z. Feuerb. §. 46. vgl. Bair. GB. Art. 46. Sächs. Art. 36. Wirt. Art. 74. Hannövr. Art. 53. Hess. Art. 71. Braunschw. §. 41. Thüring. Art. 34. Beseler S. 155. — s. dag. Anm. z. bair. GB. I. 157. Luden Hdb. I. 354 n. 4. Berner S. 283. 284. Goldtammer I. 304.

fähig oder wegen unvermeidlichen Irrthums außer Zurechnung war [1]). Auch steht hiemit der Fall des gesetzlich vollkommen verbindlichen Befehls rechtlich auf gleicher Stufe, wenn gleich dieser die Zurechung bei dem Gehorchenden nicht aufhebt [2]). In allen diesen Fällen kann von Theilnahme nicht die Rede sein. Daher ist auch in denselben für die Strafbarkeit des Urhebers keineswegs dolus die nothwendige Voraussetzung [3]).

2) Sind aber hiemit die Fälle richtig abgegrenzt, so erhebt sich vor Allem die Vorfrage, ob denn überhaupt durch intellektuelle Einwirkung Urheberschaft begründet werden könne? Was das öffentliche Strafrecht der Römer betrifft, so fällt die Frage deshalb hinweg, weil der vorwiegende subjektive Gesichtspunkt den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe ganz absorbirte s. §. 93. Anm. 5. Anders verhält es sich allerdings im Privatstrafrecht. Hier wäre es in der Konsequenz des Begriffs gelegen, bloß intellektuelle Thätigkeit überall für rechtlich indifferent zu erklären. Wenn nun aber gleichwohl die römische Jurisprudenz in der allgemeinen Tendenz, den Gegensatz zwischen öffentlichem und Privatstrafrecht allmälig zu verebnen, an dieser Konsequenz nicht festhielt [4]), so war ihr Benehmen hiebei ebenso willkührlich und Prinzipien vermengend, als das der mittelalterlichen Juristen, welche römisches und germanisches Recht zu verebnen sich bemühten, — ja er arbeitete dieser offenbar vor, sofern aus der Natur des Privatdelikts nothwendig das Prinzip der abstrakten objektiven Kausalität als vorherrschendes abgeleitet werden mußte [5]). — Eben dieses Prinzip fand sich nun auch im germanischen Rechte, wenn auch keineswegs in der Einseitigkeit,

---

1) Oersted Grundregeln S. 183–186. Martin §. 80. n. 6. Heffter §. 79. Marezoll S. 125. n. 1. Luden Abh. II. 333 f. Hdb. I. 356–358. Berner 282. 284. 289. N. Rev. S. 510—513. Mehrere ignoriren ganz die Ausführung durch einen Zurechnungsunfähigen (namentlich auch Berner). Die angef. GBücher rechnen auch diese Fälle irrig zur Anstiftung. s. auch Preuß. GB. §. 34, (zu rektifiziren sucht Goldtammer I. 301. 302. 304. vgl. Temme Glossen S. 102. 107) nicht aber auch das östr. §. 5, wie Hye S. 227 behauptet. vgl. sächs. Entw. Art. 61.

2) Mit der schulmeisternden Bemerkung von Berner S. 282 unt. vgl. den klaren Wortlaut in der N. Rev. S. 511 (!); s. auch Luden Hdb. I. 355. n. 1. S. 455. Dagegen gehören hierher weder der Befehl überhaupt, noch Drohung, vis compulsiva 2c., wie Heffter, Luden u. A. behaupten. Auch ist es unrichtig, wenn Luden gerade in diesen Fällen, und nur in diesen „intellektuelle" Urheberschaft annimmt.

3) Daher wird der richtige Satz, daß es nur dolose Anstiftung gebe, bei allen denen relativ falsch, welche die gedachten Fälle zur Anstiftung rechnen. Unbestimmt ist Mittermaier N. Arch. III. 126. 128. Sehr willkührlich sind die Definitionen von Ursacher, Thäter und Anstifter b. Ziegler S. 17. 18. 34. 35.

4) s. Meine Schrift: Mord und Todtschlag S. 70 ff. vgl. Roßhirt Entw. S. 236. 237. Auch im öffentlichen Strafrecht kamen Inkonsequenzen vor, z. B. bei der Kalumnie. l. 1 §. 13. l. 15 pr. D. ad Sct. Turp. (48. 16) j. l. 2 C. Th. de calumn. (9. 39). l. 8 C. J. eod. (9. 46). — L. 20 D. de his qui not. (3. 2) darf dabei nicht irre machen. Matth. Proleg I. c. 10. Rein S. 813. n. *.

5) Doch verfuhren die römischen Juristen hiebei sehr maßhaltend. A. M. sind freilich viele Aeltere und Neuere (s. §. 93. Anm. 5), die Meisten deßhalb, weil sie modernere Ansichten aus den römischen Quellen zu belegen suchten, aber auch solche, die als Historiker vom reinsten Wasser gelten wollen.

wie Viele behaupten [1]). Zwar ist ausnahmsweise [2]) für Anstiftung die gleiche Strafe wie für die Thäterschaft bestimmt (beim Dingen um Lohn, beim Ersuchen zu falschem Zeugnisse 2c.) [3]). Aber die Regel ist, daß die Verantwortung des psychologischen Theilnehmers durch Rath oder Anstiftung geringer ausfällt [4]), d. h. daß derselbe nicht als Urheber, sondern als bloßer Gehilfe angesehen wird. Im MA. scheint keine gleichförmige Rechtsansicht geherrscht zu haben (§. 92. Anm. 2. §. 93. Anm. 5). Jedenfalls faßten die italienischen Juristen das germanische Recht als vorzugsweise der objektiven Kausalität huldigend auf. Indem sie nun römisch-(kanonisches) und germanisches Recht zu vermitteln suchten, verfuhren sie zwar eklektisch, zeigten aber im Ganzen doch noch einen richtigen Takt. Sie nahmen nämlich vornweg mit Entschiedenheit an, daß eine intellektuelle Urheberschaft möglich sei, obwohl zugleich ein physischer Urheber zur Verantwortung gezogen werden müsse, folgten also hierin dem römischen und kanonischen Rechte, dem der — wenn auch nicht nezessitirend — in That übergegangene Wille genügt, falls er nur unter den Bestimmungsgründen der letzteren enthalten ist [5]). Daneben aber unterschieden sie bereits richtig, ob der intellektuell Thätige eine eigene Absicht durchsetzen oder nur eine fremde unterstützen wolle (mandatum - consilium) [6]). Im ersteren Falle unterwarfen sie ihn der Regel nach der poena ordinaria, im letzteren einer extraordinaria, d. h. sie erklärten ihn (freilich ohne die Begriffe zu haben) für Urheber oder Gehilfen [7]). Zugleich aber wollten sie dem germanischen Rechte gerecht werden, dem sie den Gesichtspunkt der abstrakt objektiven Kausalität zuschrieben, und welchem zulieb sie bei dem auxilium (der physischen Beihilfe) den Unterschied zwischen auxilium proximum und remotum, causam dans und nicht unmittelbar causam dans feststellten. War dies einmal geschehen, so ließ sich auch beim consilium (der intellektuellen Beihilfe (deren Unterschied von der Anstiftung freilich von den verschiedenen Schriftstellern sehr verschieden bestimmt wurde) dieselbe Rücksichtnahme nicht abweisen [8]), und es lag kein Hinderniß vor, denselben Unterschied

---

1) selbst Rosenvinge Dän. Rechtsgesch. II. §. 157. s. dag. Wilda S. 627--635.

2) Nicht hierher gehört der Befehl, der den Befehlenden in sehr weitem Umfang zum alleinigen Urheber macht. Ed. Roth. c. 253. L. Sax. XI, 1. L. Bajuv. II, 8. Ines Ges. c. 57.

3) L. Sal. em. XXX, 1—3. LVII, 6. — L. Liutpr. 63.

4) Ed. Roth. c. 10. 11. L. Liutpr. c. 71. 134. 138. L. Sal. em. XLIII, 12. L. Fris. Tit. 2. L. Wisig. VI. 5. §. 12.

5) Wie sehr übrigens auch in dieser Beziehung das Prinzip der objektiven Kausalität zu schaffen machte, zeigt die wunderliche, Aristoteles u. Christus citirende, und — wie immer bei jenen Juristen -- prinziplose Ausführung in Decian. tr. crim. IX. c. 32. Der Satz selbst war jedenfalls communis opinio.

6) Bald. ad l. 20 D. de his qui not. (3. 2). Ang. und Aug. ad Ang. §. Et Sempronium n. 1. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 43. Farin. qu. 129. n. 8—20 und die dort Angef. n. 69. 70. Decian, tr. crim. IX. 31. n. 2.

7) s. die bei Farin. l. c. n. 24 Angeff. Ueber die einzelnen Fälle waren die Ansichten freilich sehr verschieden. eb. n. 26—31. 36 sq. Decian, IX. 31. Clar. §. fin. qu. 88. n. 2. Bajard. n. 7. Angel. Cons. 22. n. 1 sq. Bertaz. I. cons. 62. Bero. III. c. 175. nr. 15. Grat. II. cons. 52. n. 2. 37. 41. 43. s. auch Decian. VIII c. 10. §. 13. c. 16. n. 36.

8) Clar. §. fin. qu. 88. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 50. i. f.

sogar auf das Mandat (die eigentliche Anstiftung) zu übertragen [1]) (s. Anm. 4). Jedenfalls war es aber durchaus vorherrschende Ansicht der Italiener, daß zwischen einer schöpferischen und einer bloß accessorischen intellektuellen Thätigkeit zu unterscheiden und im ersten Fall durchaus die poena ordinaria anzusetzen (d. h. Urheberschaft anzunehmen) sei, und zwar gründeten sie jenen Unterschied fast durchaus nur auf das eigene oder fremde Interesse an der Begehung der That [2]). Diese treue Festhaltung des subjektiven Moments war von größter Wichtigkeit für die P.G.O., welche Art. 107 unbedenklich davon eine Anwendung beim Meineide macht [3]), und im Unterschiede davon den Rath im Art. 40 der Beihilfe zugesellt. Wie nun freilich die P.G.O. den Rath, wie sie die Anstiftung eines alias facturus etc. angesehen wissen wolle, sagt sie nicht, und es liegt nur die Vermuthung nahe, daß sie hierin auf die angef. italienische Doktrin habe verweisen wollen. Jedenfalls hat sich dieser die deutsche Doktrin angeschlossen. Namentlich scheidet Karpzov die intellektuelle Beihilfe noch viel bestimmter von der Anstiftung, und zwar ganz auf subjektivem Boden [4]). Erstere unterwirft er nie der poena ordinaria, um so gewisser aber die letztere [5]). — Freilich waren nun aber mit der Unterscheidung von mandatum und consilium nur sehr allgemeine Anhaltspunkte gegeben, und die römisch-kanonische und die germanische Auffassung bloß äußerlich zusammengeleimt. Als nun mit dem Eindringen des philosophischen Elements die erste prinzipielle Behandlung auch in dieser Lehre sich zu regen begann, wurde allerdings zunächst das Prinzip der objektiven Kausalität das vorherrschend bestimmende. Gleichwohl sah man auch jetzt ein, daß bei bloß intellektueller Einwirkung von einer nezessitirenden Ursache nie die Rede sein könne, und nahm daher zu der schillernden Vorstellung einer causa moralis seine Zuflucht [6]). Da nun die Fälle, wo die causa moralis zur physica wird (Anm. 1) als zweifellos ausgeschieden werden mußten, so blieb

---

Carrer. pract. de homic. §. de persuad. n. 7. Farin. qu. 129. n. 95—98. und die dort Citt. u. n. 107 sq.

1) Damhouder c. 133. n. 3. 7. vgl. die Unterscheidung von causa prima und secunda bei Decian. IX. c. 33. n. 8. u. bei den vielen von Farin. qu. 135. n. 102 sq. Angef.

2) s. Farin. qu. 129. n. 8—20. 38. 130—139. qu. 135. n. 96 sq. Im Uebrigen war freilich die Materie sehr bestritten, und es fehlte noch sehr an bestimmten Prinzipien.

3) A. M. Luden Abh. II. 344 f. Hdb. I. 358. n. 4. S. 456. n. 4., der jedoch den Art. 107 auf äußerst gezwungene Weise auslegt. — Im Art. 107 ist der Ausdruck: Anrichten gebraucht, Art. 49. Bestellen. Auch Ursacher kommt vor. Art. 127. 148 (?). Bamb. Art. 152. RA. 1555. §. 43. 45. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 7. n. 11. Heffter §. 83. n. 4. Ziegler S. 18. n. 1. Zachariä N. Arch. 1850. S. 272. F. Roßhirt eb. S. 501. 502. 508. 509. vgl. c. 1 de homic. in 6^{0} (5. 5).

4) qu. 87. n. 4—6. j. qu. 4. n. 3.

5) Bei der Anstiftung eines alias facturus nimmt auch er irrig an, daß die Anstiftung zur Beihilfe herabsinke, wobei er der von Farin. getadelten Distinktion des Decianus folgt. qu. 4. n. 27—29. vgl. Carpzov qu. 37. n. 45—47. qu. 38. n. 48—57.

6) s. bes. Böhmer obs. 1. ad C. qu. 4. obs. 1. ad qu. 87 und Med. ad art. 177. §. 2 sq. Stryk in den angef. Schriften. vgl. Kress p. 644. 645. Matth. Proleg. I. 12. (vgl. 8). Quistorp I. §. 59. 60. Klein Grunds. §. 138. 140. Püttmann Elem. §. 50.

für die wahren Fälle intellektueller Einwirkung auf einen Selbstwollenden nur der quantitative Unterschied von concursus proximus und remotus übrig, wobei der elastische Begriff einer causa moralis aller Willkühr gerecht werden konnte [1]). Hiegegen war es ein Vortheil, wenn bei bestimmterem philosophischem Bewußtsein ein solches Nothmittel preisgegeben und das Prinzip der objektiven Kausalität mit unzweideutiger Entschiedenheit aufgestellt wurde. Nur erschien es von hier ab als absoluter Widerspruch, wenn intellektuelle Thätigkeit überall noch als Urheberschaft prädizirt wurde, während doch höchstens der aus jener Ansicht erwachsene Begriff des Hauptgehilfen dafür einen Halt darbot [2]). Erst seit der Zeit, da der Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe überhaupt wieder von der Fessel der abstrakten Kausalität befreit wurde, war es auch überhaupt möglich, ohne Inkonsequenz von intellektueller Urheberschaft zu sprechen. Gleichwohl treten auch bei den Vertheidigern dieser neueren Ansicht noch häufig einzelne Konsequenzen der früheren Ansichten zu Tage [3]). — In der neueren Gesetzgebung ist nicht der mindeste Zweifel darüber, daß man auch durch bloß intellektuelle Thätigkeit Urheber werden könne [4]).

3) Intellektuelle Urheberschaft ist wie intellektuelle, ja wie Theilnahme überhaupt nur dolo möglich [5]). Dieser Satz ist in der neueren Doktrin und Gesetzgebung anerkannt [6]), wird aber in der Regel dadurch schief, daß der Begriff der Anstiftung zu weit genommen wird (Anm. 1) [7]).

4) Wenn von Anstiftung (intellektueller Urheberschaft) allerdings nicht die Rede sein kann, wo der Thäter nur als Werkzeug des intellektuell Einwirkenden

---

1) Zum Beweise dient der Cod. Max. I. 12. §. 5. 6., wo der Unterschied von causa principalis und concomitans unbedenklich auf alle Arten der intell. Thätigkeit angewandt wird (mit Berufung auf Stryk, Cocceji, Böhmer u. A.). Anders die Theres. art. 3. §. 6, welche den römisch-kanonischen Standpunkt einnahm, — wogegen das Preuß LR. sich im Wesentlichen noch ganz auf Karpzovs Standpunkt stellte. II. 20. §. 67--70. j. 76—79.

2) so bei Kleinschrod I. §. 177. 182 f., Stübel Thatbest. § 27. 28. (vgl. N. Rev. S. 452), Feuerbach, Grolman, Martin u. A. s. §. 90. Anm. 2. §. 93. Anm. 1. Der Widerspruch wird aber um so greller, wenn Stübel, Mittermaier u. A. (s. §. 90. Anm. 3) sogar gerade den Anstifter allein Urheber genannt wissen wollen. Der gedachte Widerspruch ist vermieden von Luden Hdb. I. 354—358, der jedoch S. 355. n. 1 von seinem beschränkten Gesichtspunkte aus sehr unberechtigt gegen die richtige Ansicht polemisirt. N. Rev. S. 529 f. s. auch Stübel Theiln. S. 110 f.

3) Der angeblich germanischen Ansicht von Luden gegenüber steht ebenso isolirt die den römischen Gesichtspunkt repristinirende Ansicht v. Schirachs N. Arch. III. 415 f. Wunderliche Zweifel bei Hepp N. Arch. 1846. S. 342—347 u. 1848. S. 301—308.

4) Oestr. GB. §. 5 (Beihilfe gleichstellend). vgl. Jenull I. 168 f. Hye S. 227. 228. Bair. GB. Art. 46. Sächs. Art. 36. Wirt. Art. 74. Hann. Art. 53. Braunschw. §. 41. Hess. Art. 71. Bad. §. 119. Thüring. Art. 34. Preuß. §. 34. Zürch. GB. §. 49. Wadtl. Art. 41. Aus „allgemeinen Gründen" hat auch Luden Hdb. I. 356 Not. nichts hiegegen.

5) N. Rev. §. 141. Mit Unrecht wurde hier auch luxuria zum dolus gezählt. s. auch Heffter §. 79. n. 3.

6) s. jedoch bair. GB. Art. 46 und dag. Arnold N. Arch. 1843. S. 246 ff.

7) Daher sind auch die Dissentienten relativ im Rechte; s. z. B. Kress p. 645. Böhmer med. ad art. 177. §. 2. 5. Tittmann I. §. 102. not. p. Quistorp §. 60 a. E. s. übr. auch Breidenbach I, 2. S. 231—233. Leonhardt I. 240. 241. Jenull I. 117.

erscheint, so verhält es sich anders, wenn der Thäter selbst wenigstens als Gehilfe oder wegen culpa verantwortlich wird [1]), da in beiden Fällen seinerseits eine wirkliche Handlung vorliegt, mithin der Begriff der Theilnahme allerdings seine Anwendung findet. Noch mehr natürlich, wenn der Thäter selbst als doloser Urheber erscheint. Hier war es nun aber von Alters her sehr bestritten, wie die Anstiftung eines schon vorher Entschlossenen rechtlich anzusehen sei? Ueber das römische Recht s. §. 93. Anm. 5 [2]). Bei der Vermittlungstendenz der italienischen Jurisprudenz mußte sich nothwendig die Frage aufdrängen, ob nicht in dem fraglichen Falle eine bloße poena extraordinaria am Platze sei? Die Frage wurde jedoch verschieden beantwortet. Darüber nämlich war man allerdings einverstanden, daß dies bei dem consilium eintreten müsse, da man dies von vorn herein unter den Gesichtspunkt des auxilium stellte, bei welchem man allgemein das Prinzip der objektiven Kausalität entscheiden ließ, das hier durch die Unterscheidung zwischen alias facturus u. non facturus nur eine subjektive Modifikation erhielt. Dagegen war es bestritten, ob eben diese Unterscheidung überall auf den Fall der eigentlichen Anstiftung (das Mandat) übergetragen werden dürfe [3])? Indessen wurde die Frage doch von den Meisten bejaht [4]), und zwar in der Weise, daß man ein einem alias facturus ertheiltes Mandat als bloßes consilium (d. h. als Beihilfe) behandelte, was jedoch Einige nur für den Fall gelten ließen, wenn der mandans gewußt habe, daß er es mit einem alias facturus zu thun habe [5]). Eben dieser Ansicht schloß sich Karpzov [6]) an. Wenn denn die hierauf immermehr in Aufnahme kommende Theorie der objektiven Kausalität da und dort die Berücksichtigung des subjektiven Moments in den Hintergrund drängte [7]), so blieb es doch jedenfalls herrschende Ansicht, daß im Fall der

---

1) Unbestimmt Breidenbach I, 2. S. 232 unt. 235—238; Luden Hdb. I 358. n. 4. 455. Falsch Leonhardt I. 240; auch N. Rev. S. 513. s. dag. Bauer Abh. I. 439. Feuerbach §. 46. Mittermaier im N. Arch. III. 142. Kitka S. 56. Berner S. 289. 290 (der aber seinerseits zu weit geht, s. o.). Braunschw. GB. ed. Breym. S. 203. Häberlin I. 54. Schwierig wird die Frage nach dem Reat im preuß. Recht. Goldtammer I. 301. 302.

2) Sehr bestritten war namentlich von jeher die l. 11 §. 6 D. de injur. (47. 10). s. besonders Grolman §. 33. not. c. Martin §. 80. n 6. Tittmann I. §. 106. not. q. Wächter I. §. 89. n. 79. Feuerbach Rev. II. 255. Werner §. 238. Mittermaier N. Arch. III. 126. 128. n. 1. Zachariä Versuch II. §. 196. Ziegler S. 18 Note. Luden Abh. I. 296. n. 1. Hdb. I. 463. n. 4. Heffter §. 83. n. 4. §. 87. n. 2. Matth. Proleg. c. 1. n. 10. N. Rev. S. 532—534.

3) Bart. ad l. 11 §. 3 D. de injur. (47. 10). n. 19. Angel. §. Et Semqron. n. 1. 2. 43. i. f. Bertaz. Cons. II. 341. n. 14 sq. Bald. ad l. 20 D. de his qui not. (3. 2). n. 3., ad l. 5 C. de accus. (9. 2). n. 23., ad l. 9 D. quod. met. (4. 2), ad l. 1 C. de serv. fugit. (6. 1) n. 7., ad l. 1 §. 3 D. de serv. corrupto (11. 3). Corneus cons. IV. 57. n. 6 sq. August. ad Ang. l. c. Socin. jun. Cons. II. 38. n. 18. Boer. Decis. 262. n. 2. Menoch. arb. puaest. II. c. 351. 352. vgl. Clar. §. fin. qu. 89. n. 1. Damhouder c. 133. n. 3. 7.

4) s. überh. Farin. qu. 129. n. 130—139.

5) s. bes. Decian. tract. IX. c. 36. n. 14 sq.

6) qu. 4. n. 27—29.

7) s. z. B. Kress p. 645. und Matth. ib. cit. (Prol. I. n. 8) s. jedoch auch Matth. ad l. 48. tit. 18. c. 4. n. 18.

(vermeintlichen) Anstiftung eines alias facturus von der poena ord. nicht die Rede sein könne [1]), und die Frage war nur, ob der Fall unter den Begriff der Beihilfe [2]) oder den des Versuchs [3]) zu rubriziren sei? Ersteres ist nun zwar ein sehr alter, aber darum nicht minder handgreiflicher Irrthum [4]). Neuerdings ist aber auch gegen das Letztere Einsprache erhoben und die Ansicht von Clarus gegen eine mehrhundertjährige Doktrin und Praxis wieder aufgewärmt worden [5]). Die neueren Gesetzgebungen lassen, mit Ausnahme des badischen GBs [6]), den Fall unentschieden; die Kommentatoren schließen sich theilweise der irrigen Meinung an, daß hier intellektuelle Beihilfe anzunehmen sei, wogegen Andre der richtigen Ansicht folgen [7]). — Daß übrigens dem für sich Entschlossenen der bereits von einem Dritten Angestiftete gleich steht, versteht sich von selbst [8]).

§. 97.

Direkte Mittel der Anstiftung sind: der Auftrag, der Befehl, die Bitte, die absichtliche Erregung oder Benützung eines Irrthums. Dagegen sind Rath, Unterricht, Zureden, Wunsch, Lob und Genehmigung eines verbrecherischen Vorhabens Formen, in welche sich ebensowohl intellektuelle Urheberschaft, als bloße intellektuelle Beihilfe kleiden kann. N. Rev. §. 142.

1) Die italienische Jurisprudenz vor und nach der P.G.O. unterschied wenigstens mandatum u. consilium als die beiden Hauptformen intellektueller Betheiligung im Wesentlichen ganz richtig nach dem subjektiven Momente des Interesses an der That, d. h. als intellektuelle Urheberschaft und Beihilfe; ebenso,

---

1) Böhmer Med. ad art. 177. §. 4. Stryk de mand. rei turp. n. 53. Quistorp I. §. 59. Kleinschrod I. §. 185.

2) Feuerbach Rev. II. 255. Grolman §. 33. n. c. Werner §. 238. Abegg S. 113 (unbestimmt). Heffter §. 83. n. 4 (ebenso). Marezoll S. 124 (desgl.). vgl. Luden Abh. II. 352—354. Kitka S. 58. 59. Hepp N. Arch. 1848. S. 292. Heyer Abh. II. 33 f. Mittermaier n. 3. z. F. §. 46.

3) Tittmann I. §. 106. not. q. Wächter I. S. 149. Bauer Abh. I. 430. N. Rev. §. 145.

4) N. Rev. S. 483. s. auch Berner S. 293.

5) Berner S. 292—295, und — von freilich sehr abweichendem Standpunkte aus — Luden Hdb. I. 463, der wenigstens im Grundsatz (da er Anstiftung = Beihilfe nimmt) Recht hat.

6) §. 120. Thilo S. 145. 146. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 513—516 (die Bestimmung ist prinziplos). Noch viel zu wenig ist dies für Hepp N. Arch. 1848. S. 292. s. aber dens. N. Arch. 1836. S. 44 f.!

7) vgl. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 71. n. 1. S. 492. 493. Breidenbach I. 2. S. 224—229. 234. 235. 250. n. 2. S. 358 (inkonsequent). Leonhardt I. 240. 241 unt. (hier ist Straflosigkeit angenommen). vgl. dag. Schlüter S. 47. n. 4. Breym. S. 203 ob. Weiß S. 180. s. dag. Hye S. 266. 267. (Oestr. GB. §. 9) und ebenso schon Jenull I. S. 174. 175. Konsequenter Weise müssen die neuen Gbücher, da sie den entfernten Versuch nicht mehr strafen, den Fall straflos lassen. Beseler S. 155. Goldtammer I. 308. 309. Sie sind aber freilich hinsichtlich des Versuchs durch Anstiftung fast durchgängig voller Inkonsequenz. §. 100. Anm. 1. 3 a. E.

8) Mittermaier n. 6. z. F. §. 46 betrachtet dies als eine neue Entdeckung von Berner.

ja noch schärfer, Karpzov s. §. 93. Anm. 5. §. 96. Anm. 2. Dieser richtige Gesichtspunkt wurde in der deutschen Doktrin erst zu der Zeit verrückt [1]), als man anfieng, die gesammte Lehre von der Theilnahme unter das Prinzip der objektiven Kausalität zu stellen. Allein auch jetzt noch schleppen Viele, welche Urheberschaft und Beihilfe im Ganzen richtig unterscheiden, einzelne Konsequenzen jenes falschen Standpunkts nach [2]). Ja es fehlt nicht an solchen, die nicht einmal bei der prinzipiellen Unterscheidung der intellektuellen Urheberschaft und Beihilfe einigermaßen konsequent zu sein vermögen [3]). Uebrigens war die altherkömmliche Unterscheidung insofern ungenau, als sie das unmittelbare Interesse an der That zum Kriterium machte, d. h. der Verwechslung der formellen Absicht mit dem Zweck (§. 73. 78. 90) Raum ließ. Vielmehr kommt es auch hier lediglich darauf an, ob der intellektuell Einwirkende die That als die seinige, als die Ausführung seiner Absicht realisirt haben oder ob er bloß die Ausführung einer fremden unterstützen will [4]). Dadurch unterscheiden sich Anstiftung und intellektuelle Beihilfe dem Begriffe nach. Dagegen bildet der gewöhnlich (auch in den neueren Gesetzgebungen) an die Stelle gesetzte Unterschied, ob die Einwirkung wirklich bestimmend war oder nicht, nur das Kriterium für die Annahme von Vollendung oder bloßem Versuch. §. 96. Anm. 4.

2) Daß der Auftrag, namentlich das Dingen um Lohn ein direktes Anstiftungsmittel sei, darf als communis opinio gelten [5]). Ebenso scheint es jetzt unbezweifelt zu sein, daß ein Auftrag nicht bloß in Worten, sondern auch in Zeichen und konkludenten Handlungen gegeben werden könne [6]). Bestritten ist dagegen, ob auch ein stillschweigender Auftrag angenommen werden könne, und ob Genehmigung dem Auftrag gleichzuachten sei? Letzteres wird hie und da kurzweg in Abrede gezogen [7]), womit jedoch nichts gethan ist. Die Quelle des Streits, der schon die Glosse beschäftigte, bilden einige Stellen des römischen und kanonischen Rechts [8]). Mit Unrecht hat man sich wohl zu Zeiten bemüht, die römischen Stellen auf die Genehmigung eines erst auszuführenden verbrecherischen

---

1) A. M. Roßhirt Entw. S. 258—262.

2) Sehr unbestimmt sind die Begriffe bei Mittermaier N. Arch. III. 125 ff. VIII. 336 ff. n. 1. z. F. §. 46. s. aber auch Henke I. 266 f. Tittmann I. §. 108. 109. Bauer Abh. I. 435—440. Heffter §. 83. n. 4.

3) So besonders Hepp N. Arch. 1846. S. 342—345. 357 u. 1848. S. 304—308. Zachariä eb. 1850. S. 274 f. s. dag. Luden Hdb. I. 457 und Jarcke I. 225. 226. Abegg S. 113.

4) s. N. Rev. S. 530. 531 (von Luden Hdb. I. 355. n. 1. mißverstanden; s. denselb. S. 457).

5) A. M. Mittermaier im N. Arch. III. 135. s. dag. Henke I. 267—270. Bauer Abh. I. 435—437. Berner S. 279. 280. vgl. Wolthers p. 56 sq. l. 152 §. 1 D. de R. J. (50. 17) u. a. Stellen bei Rein S. 193. 194.

6) A. M. Adnot. ad Angel. §. et Sempron. n. 1. Bald. cons. II. 256. Decian. tract. IX. 34. n. 27. Mascard. de probat. II. 102. n. 9. s. aber auch Farin. qu. 134. n. 10—12. n. 56 sq. und die dort Citt. — Tittmann I. §. 105. Kitka S. 57. Abegg N. Arch. 1841. S. 410—419. Berner S. 276—278.

7) Mittermaier n. 10. z. F. §. 46.

8) L. 1 §. 14 D. de vi (43. 16). l. 152 §. 2 D. de R. J. (50. 17). c. 23. in 6° de sent. ex. comm. (5. 11.)

Vorhabens zu beschränken [1]). Richtiger scheint es, sie wörtlich zu nehmen und eben nur von den Fällen der Besitzentsetzung und den Noxalklagen zu verstehen [2]). Weiter greift dagegen allerdings die Stelle aus dem kanonischen Rechte. Die italienischen Juristen hielten sich hier, wie immer, an den Buchstaben und wagten nur eine Reihe von Modifikationen zu machen, die ihnen die Einsicht in die Mangelhaftigkeit des positiven Rechts abnöthigte. Sie nahmen den Satz an, daß die ratihabitio eines verübten Verbrechens dem Mandat gleichzuachten sei [3]), machten jedoch allerlei Restriktionen [4]), namentlich daß das Verbrechen im Namen des Ratihabenten begangen und in dieser Eigenschaft genehmigt worden sein müsse, daß Infamie wegfalle, daß die ratificatio sich nicht auch auf die qualitates delicti beziehe ꝛc. [5]). Derselbe Grundsatz gieng auch in die deutsche Doktrin über [6]). Er wurde jedoch immer bestimmter verworfen, jemehr das Prinzip der objektiven Kausalität zu Geltung kam, und mit vollem Rechte [7]). Indessen machte man auch jetzt noch verschiedene Ausnahmen, namentlich: wenn es sich um ein bürgerliches Verbrechen handle [8]), wenn die Billigung das Verbrechen selbst involvire (bei Injurie und Majestätsbeleidigung) [9]), und wenn die Billigung eines Verbrechens (z. B. durch den Vater) neue Verbrechen hervorrufe [10]). Dagegen wurde jetzt der Satz aufgestellt, daß die Genehmigung des verbrecherischen Planes, resp. des angefangenen Verbrechens eines Andern allerdings als Anstiftung oder als intellektuelle Beihilfe anzusehen sei [11]) und die

1) s. noch Luden Abh. II. 253 f. (vgl. Hdb. I. 363. n. 11. S. 458. n. 9). Berner S. 290.

2) Matth. Proleg. c. 1. n. 14. Böhmer med. ad art. 177. § 9. Kress p. 641—643. Roßhirt Entw. S. 248 (?). Zachariä N. Arch. 1851. S. 210—212. vgl. Kleinschrod I. §. 184. Schröter §. 137. n. 3. Breidenbach I, 2. S. 245. n. 10. Rein S. 194. 195.

3) Mehrere wollten allerdings bereits bloß eine poena extraordinaria; bes. Jac. de Aret. u. A. vgl. Ang. §. et Sempron. n. 34. Bero. Cons. III. 175. n. 46 sq. Bajard. ad Clar. §. fin. qu. 87. n. 23. Salycet. ad l. 5 C. de acc. (9. 2). Covarruv. in Clem. si furios. II. §. 1. n. 5. Auch die comm. opinio beschränkte den Satz auf das jus commune. Dec. tr. IX. 38. n. 5. 6. Carrer., Boss. u. A. bei Farin. qu. 135. n. 71—73. vgl. Menoch. de arb. qu. II. 352. n. 19. Matth. ad 48, 18. c. 4. n. 16.

4) s. die Literatur b. Decian. tract. IX. 38. Farin. qu. 135. n. 43—94.

5) Andere Restriktionen, z. B. in Bez. auf adulterium, bezogen sich nicht auf die vorliegende Frage als solche. Farin. l. c. n. 79—82. vgl. Herold, Theodoricus, Stryk, Kress b. Böhmer med. ad art. 177. §. 9 citt.

6) Theodoricus c. 1. aph. 28. n. 2.

7) Kress p. 641—643 (wie gewöhnlich, mit Berufung auf Puffendorf). Berger El. I. p. 12. Ziegler de ratih. §. 148. Herold de ratif. p. 327. n. 9. Stryk de imput. facti al. c. 5. n. 67. Böhmer med. ad art. 177. §. 9. Kleinschrod I. §. 184. Tittmann I. §. 105. n. h. Henke I. 269. Schröter §. 137. Heffter §. 83. n. 4.

8) Kleinschrod a. a. O. (damit sollte l. 1 §. 14 D. de vi (43. 16) abgefunden werden).

9) Ders., Roßhirt Entw. S. 248. s. schon Kress. p. 642.

10) Kleinschrod a. a. O. Kress p. 643 (unjuristisch). vgl. Quistorp §. 60. G. J. F. Meister §. 46. not. b. Cocceji de soc. I. §. 25. Anm. z. C. Max. I. 12. §. 6.

11) Verwirrung brachte aber hier, wie sonst, das einseitige Kausalitätsprinzip. s. z. B. Kleinschrod a. a. O. (gegen Gebauer de imp. f. al. c. 1. §. 9). Henke I. 269 (?). Klein n. z. Quist. §. 59. s. dag. Tittmann I. §. 105.

Genehmigung des verübten unter Umständen als Begünstigung erscheine [1]. — In enge Verbindung mit der Frage über die ratihabitio wurde für die italienischen Juristen durch das c. 23 in 6° cit. die Frage über den stillschweigenden Auftrag gebracht. Daraus erwuchs ihre Theorie von dem mandatum praesumtum [2]. Indessen beschränkten sie die Frage mit richtigem Takte jedenfalls auf solche Verhältnisse, welche ihrer Natur nach annehmen lassen, daß die eine Person erwarten kann, ihren Willen auch unausgesprochen von der andern aufgefaßt und zur Ausführung gebracht zu sehen [3]. Auch in dieser Beschränkung nahm übrigens nur die Minderzahl ohne Weiteres ein präsumirtes Mandat an [4], während die communis opinio im Allgemeinen gegen eine solche Präsumtion war [5]. Allein auch diese gab gleichwohl den von jenen aufgestellten Satz, wenn auch unter mancherlei Limitationen [6], zu. Und diese sind größtentheils nur scheinbar, insofern sie am Ende darauf hinauslaufen, daß der dominus, pater etc. dann frei sein soll, wenn er von dem Delikt nichts gewußt habe [7]. Hatte er darum gewußt oder war in seiner Gegenwart darüber verhandelt oder er um Rath gefragt worden und hatte nur geschwiegen (nicht verhindert) [8], so sollte er als Mandant haften, — freilich nach der Meinung Mehrerer nur mit einer poena extraord. [9]. In der deutschen Doktrin scheint die Frage längere Zeit in der über die Nichtverhinderung absorbirt worden zu sein [10]. Dagegen tauchte sie neuerdings wieder auf, meist jedoch nur um verneint zu werden [11]. Gleichwohl fehlt es auch nicht an solchen, welche den Kern der Lehre der Italiener richtig erkannten und in den fraglichen Verhältnissen selbst bei bloßer Nichtverhinderung intellektuelle Urheberschaft annahmen, und zwar deshalb mit Recht, weil in den betr. Fällen selbst das bloße Nichthindern einem symbolischen Mandat gleich

---

Luden a. a. O. (der sich jedoch irrig auf das römische Recht beruft). Berner S. 290. 291. Heffter §. 78 n. 2 (?). Kitka S. 52. 53. 60.

1) Heffter §. 83. n. 4. N. Rev. S. 516. 517. A. M. Breidenbach I, 2. S. 245. 246. vgl. Hélie II. p. 90. 91.

2) Nicht hierher gehören die Verhandlungen über die Präsumtion des Mandats zwischen Herrn und Diener bei zweideutigen Worten oder allocutio ad aures. s. d. Liter. b. Farin. qu. 134. n. 41—66.

3) „Mandatum an praesumatur in filio, servo, famulo, consanguineo s. amico occidente rc. rc."

4) s. die bei Farin. qu. 134. n. 70. 71 Citt.

5) eb. n. 67—69. Decian. tract. IX. 34. n. 1. 23. Boss. de mand. ad homic. n. 51 sq. Gomez de del. c. 3. de homic. n. 47. Menoch. de praesumt. V. 27. n. 1 sq. arb. qu. c. 345. Clar. §. fin. qu. 86.

6) z. B. wenn es sich nicht von einem delictum momentaneum handle, wenn die famuli viles personae seien, wenn ein schweres oder kostspieliges Delikt in Frage stehe, wenn der dominus rc. auctor rixae gewesen sei, wenn er das Delikt nachher ratihibire od. „sonst ein Indizium gegen ihn spreche" rc. rc.

7) Clar. §. fin. qu. 86. n. 2. Gomez l. c. Farin. und die dort Citt. l. c. n. 74. 88—90.

8) s. die Citt. b. Farin. n. 88—93. vgl. übr. Decian. IX. 34. n. 27. 28.

9) s. Ang. Aretin., Bonif. de Vit. u. A. b. Farin. l. c. n. 90. 107. Drogh. ad Clar. l. c. Freilich hatten die Italiener sehr willkührliches Statutarrecht vor sich.

10) s. übr. Lynker c. 2. n. 7.

11) Kleinschrod I. §. 183. Tittmann I. §. 105. Henke I. 268. 269 (?) u. mit Berufung auf diese (?) Berner S. 278. 279, der, wie oft, die N. Rev. S. 515 mit Unrecht angreift.

stehen kann, wenn auch nicht immer muß [1]). — Das Dingen um Lohn findet sich schon im germanischen Recht, wie in der italienischen Jurisprudenz und in der deutschen bis gegen die neuere Zeit herab besonders hervorgehoben (assassinium), indem man es für strafbarer ansah, als das einfache Mandat [2]). Die neueren Gesetzgebungen stellen meist beides als Arten der Anstiftung zusammen [3]). Auch das preuß. GB. schließt den einfachen Auftrag nicht aus [4]).

3) Der Befehl gehört hierher nur insofern, als er nicht ein vollkommen verbindlicher ist (§. 15. Anm. 2. §. 96. Anm. 1), was freilich nur in den seltensten Fällen zutrifft [5]). Ist er dies nicht, so liegt immer Theilnahme infolge von Anstiftung vor, mag auch vis compulsiva (Drohung) mit dem Befehl verbunden sein, wiewohl Viele auch jetzt noch das Gegentheil annehmen [6]). Jedenfalls liegt dann aber das Motiv der Straflosigkeit des Gehorchenden nicht im Befehl als solchem [7]).

4) Drohung, überhaupt vis compulsiva gehört stets hierher, da sie an sich niemals die Wirkung der absoluten (physischen) Gewalt hat (§. 61. Anm. 2). AM. sind freilich noch sehr viele der Neueren und mit ihnen die neuen Gesetzgebungen (s. o.). Ueberdies führen diese kritiklos genug meist unter den Anstiftungsmitteln neben der (Drohung) noch die Gewalt auf, wodurch eine Tautologie entsteht, da durch absolute Gewalt keine Anstiftung begründet wird, auch die Gewalt also als vis compulsiva interpretirt werden muß [8]). Natürlich muß die Drohung überhaupt eine ernstliche sein [9]).

5) Bitte ist ihrer Natur nach unzweifelhaftes Mittel der Anstiftung [10]). Dagegen gehört die Erregung oder Benützung eines Irrthums hierher nur noch insofern, als mittelst der falschen Vorstellung der Angestiftete zu Begehung eines

---

1) Klein z. Quist. §. 59. Roßhirt Entw. S. 245. 248. 263. Ziegler S. 52. Luden Hdb. I. 363. n. 11. S. 458. n. 9 (der freilich nur Beihilfe statuirt, aber bloß, weil er überhaupt die Möglichkeit intellektueller Urheberschaft läugnet). N. Rev. S. 515. 516. vgl. Goldtammer I. 303.

2) Decian. tr. crim. IX. 30. Carpzov qu. 19. Böhmer Med. ad art. 137. §. 19 sq. s. jedoch schon C. Max. I, 12 §. 5. j. I. 3 §. 16. Theres. art. 3 §. 6. j. art. 91.

3) s. z. B. Sächs. GB. Art. 36. Wirt. Art. 74. Hannövr. Art. 53. Hess. Art. 71. Bad. §. 122.

4) Beseler S. 155. 156. vgl. Kaff.hof in Goldtammers Arch. I. 73 Goldtammer I. 302. Anders Code art. 60. Hélie II. 75. 107 sq.

5) s. §. 15. Anm. 2. Die Stellen des röm. Rechts, welche bei leichteren Delikten Haussöhne u. Sklaven frei ausgehen ließen, werden meist als antiquirt betrachtet. s. übr. noch Wächter I. S. 105. 112. Sehr unbestimmt ist Mittermaier N. Arch. III. 139 u. Breidenbach I, 2. S. 244. n. 7. s. dag. Kleinschrod I. §. 161. (vgl. Leyser Sp. 534. Coroll. 1. 2!).

6) Kleinschrod I. §. 159. Mittermaier a. a. O. S. 140. Henke I. 273. Heffter §. 79. n. 1. Zachariä N. Arch. 1850. S. 277. u. A. s. dag. Tittmann I. §. 107. Luden Hdb. I. 315. 357 n. 2 (wo freilich die intell. Urheberschaft geläugnet wird).

7) s. daher Hufnagel III. 79. 80. vgl. überh. noch Püttmann opusc. n. 7. Leyser Sp. 534. Wolthers p. 70 sq.

8) Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 492. Breidenbach I, 2. S. 242.

9) Alles, was Mittermaier N. Arch. 140. 141. Henke I. 273. 274. Kitka S. 54. 55 u. A. weiter fordern, sind nachgeschleppte Konsequenzen des Prinzips der obj. Kausalität. s. auch Berner S. 283–285. Goldtammer I. 303. 304.

10) Mittermaier a. a. O. S. 141. 142. Kitka S. 55. Weiß S. 179.

dolosen Delikts veranlaßt wird, was namentlich im Fall des error in der Person und der aberratio ictus praktisch werden kann [1]) (s. §. 75. §. 96. Anm. 4).

6) Der Rath (§. 93. Anm. 5) wurde schon bei den Italienern im Gegensatz zum Mandat ganz richtig unter die Kategorie der Beihilfe gestellt; indessen wurden schon damals dem Prinzip der objektiven Kausalität Konzessionen gemacht, theils in Beziehung auf das consilium gegenüber einem alias non facturus (worin etwas sehr Richtiges lag), theils in Beziehung auf die allgemeine Unterscheidung zwischen auxilium causam dans (cooperativum) und bloßer Nebenhilfe. Karpzov blieb in dieser Frage isolirt, obwohl er gerade hier richtigen Takt bewies. Die tonangebende Doktrin in Deutschland stellte sich immer entschiedener auf den Standpunkt der abstrakten objektiven Kausalität (sogar zum Theil mit Verläugnung des Unterschieds zwischen dem alias facturus und non facturus). Auf dieser falschen Färthe gehen aber auch noch die meisten der neueren Kriminalisten [2]), indem sie bald den sog. instruktiven Rath, bald den Rath gegenüber einem alias non facturus für eine Art der intellektuellen Urheberschaft erklären, mithin immerhin das Prinzip der Kausalität entscheiden lassen, während doch hier Alles nur darauf ankommen kann, ob der Rathende den animus der Erzeugung oder der bloßen Unterstützung des Verbrechens hatte [3]). Auch in den Gesetzgebungen [4]) seit dem C. Max. hat sich die prinzipielle Haltlosigkeit der Doktrin charakteristisch fixirt. — Mit dem Rath haben übrigens noch andre Weisen intellektueller Thätigkeit (s. den §.) das gemein, daß sie je nach dem darin liegenden animus als Anstiftung oder bloß als intellektuelle Beihilfe erscheinen können. Die Doktrin ist hierüber seit alter Zeit im Unklaren, namentlich seit der Herrschaft des Prinzips der obj. Kausalität [5]).

§. 98.

Die wirkliche intellektuelle Urheberhaft (Anstiftung) unterscheidet sich von der durch intellektuelle Thätigkeit hervorgebrachten unmittelbaren Urheberschaft wesentlich dadurch, daß ersteren Falls der Anstifter sich des angestifteten Subjekts nicht bloß als eines nach Naturgesetzen wirkenden willenlosen Werkzeugs, sondern als einer selbständigen

---

1) Berner S. 290 ob. (im Uebrigen unrichtig). Breidenbach I, 2. S. 246.

2) Stübel Thatbest. §. 59. 60. Quistorp §. 60 (vgl. Stryk ib. cit.) u. Klein not. *. Kleinschrod I. 192. 193. Feuerbach §. 46. Grolman §. 33. not. c. Henke I. 270—272. Mittermaier N. Arch. III. 137. VIII. 336 f. Schröter §. 138. 139. Tittmann I. §. 108. Jarcke I. 226. Bauer Abh. I. 438. Heffter §. 83. n. 4. Marezoll S. 118. vgl. Hélie II. 81. 82 (= Carpzov). Simoni dei del. II. 84. Zirkler N. Arch. 1839. S. 447—449. Kitka S. 50. 51. Zachariä N. Arch. 1850. S. 275 unt.

3) Berner S. 285—287. s. jed. S. 284. Z. 7. v. unt., wo aus dem entgegengesetzten Prinzip argumentirt wird (!). s. dag. die treffende Bem. von Luden Hdb. I. 457.

4) s. §. 93. Anm. 5. vgl. Breidenbach I, 2. S. 247—249. Wolthers p. 76 sq. Das badische StGB. beschränkt die Anstiftung auf Mandat und entrainer durch Geschenke, Drohungen, Versprechungen, Autoritätsmißbrauch und artifices coupables. Art. 41 (vgl. Art. 43, 1).

5) s. übr. richtige Bem. b. Stübel Thatbest. §. 58. Berner S. 288. 290. Breidenbach a. a. O. Alle Erörterungen über die Arten der Anstiftung hält für überflüssig (!) Temme Glossen. S. 101.

Kraft bedient, die eben um ihrer Freiheit willen sich seiner Absicht gefügig erweisen kann, aber auch nicht. Doch bezieht sich dies nicht auf Anstiftung zu bloß kulposer Thätigkeit, da hier der Angestiftete (wenn er auch selbst nicht ohne Schuld thätig ist) doch jedenfalls dem Anstifter gegenüber als bloßes Werkzeug erscheint, während der zu dolosem Handeln (als Gehilfe oder Urheber) Angeregte es in seiner freien Macht hat, ob und wie weit er der Anstiftung Folge leisten will oder nicht. Thut er nun das Erstere, so entsteht das Verhältniß der Theilnahme; der Handelnde erscheint als (selbstbestimmter) Repräsentant des Anstifters und die Haftung beider geht parallel, nur mit dem Unterschiede, daß der physisch bloß als Gehilfe Thätige stets relativ geringer strafbar ist, als der Anstifter. Ist der physisch Thätige selbst Urheber, so ist die Verantwortlichkeit der beiden Urheber (des intellektuellen und des physischen) in abstracto die gleiche, d. h. der Anstifter ist gerade so zu behandeln, als ob die Handlungen oder Unterlassungen des freiwillig seinen Agenten machenden physischen Urhebers unmittelbar von ihm selbst ausgegangen wären. Beide werden daher erst strafbar, wenn ein strafbarer Versuch des Thäters vorliegt, und von hier an geht die Strafbarkeit beider bis zur Vollendung in gleichem Schritte vorwärts. N. Rev. §. 146.

1) Jemehr noch in der neueren Doktrin und Gesetzgebung die Frage über die Verantwortlichkeit des Anstifters im Argen liegt, um so nöthiger ist es, vor Allem die Fälle auf's Bestimmteste abzugrenzen. Namentlich sind daher zunächst die §. 96. Anm. 1 bezeichneten Fälle von vorn herein abzusondern, da hier die intellektuelle Urheberschaft zur alleinigen (unmittelbaren) Urheberschaft wird. Wo nun der Anstifter seine Absicht durch einen kulpos Handelnden (namentlich durch einen in Irrthum Versetzten) ausführen läßt, da liegt allerdings bereits Theilnahme vor (§. 96. Anm. 4); allein die kulpose Urheberschaft des Thäters bleibt ohne Einfluß auf die Schuld des Anstifters, welchem gegenüber jener immer noch als relativ passives Werkzeug erscheint. Der Anstifter ist auch hier noch dem unmittelbaren Urheber gleich zu behandeln [1]). Die Frage erhält daher erst dann praktischen Gehalt, wenn es sich um die Anstiftung zu dolosem Handeln von Seiten des physischen Agenten (als Gehilfe oder Urheber) handelt. Hier hängt nun aber, wenn nicht die Anarchie der Vorstellungen [2]) perennirend werden soll, Alles von dem im §. angegebenen Momente ab. Der Anstifter will hier, wie in den vorher gedachten Fällen, den physischen Agenten bloß als Mittel zur Ausführung seiner Absicht gebrauchen. Allein er wirkt hier nicht durch den Naturkausalismus, sondern durch ein freies Agens, d. h. es hängt hier ganz von

1) Zachariä N. Arch. 1850. S. 279. 286.

2) Das Aeußerste in dieser Beziehung hat in offenbarer Leidenschaftlichkeit gegen die N. Rev. §. 146–148, dabei mit auffallender Preisgebung früherer, wiederholt verkündeter eigener Meinungen — Hepp N. Arch. 1848. S. 262 ff. geleistet, was für F. Roßhirt eb. 1852. S. 379 f nicht zu seinem Vortheil verführerisch geworden ist. vgl. Zachariä eb. 1850. S. 282. Ganz eigenthümliche Ansichten stellt Brackenhöft N. Arch. 1847. S. 81. 82 auf.

der freien Selbstbestimmung des physischen Agenten ab, ob er wirklich als Werkzeug des Anstifters thätig sein will und ist, oder nicht. Soweit er es nun sein will und ist, muß sich nothwendig auch die Verantwortlichkeit beider identifiziren, resp. analog parallel gehen. Dagegen (s. u.) muß bei beiden eine gesonderte Zurechnung eintreten, sobald der eine oder der andere durch Geltendmachung eines eigenen sonderthümlichen Willens das Verhältniß der Theilnahme auflöst.

2) Daß das gemeine Recht (abgesehen von dem älteren germanischen) den Anstifter bei gelungener Anstiftung für die ausgeführte That (Versuch oder Vollendung) in der Regel (s. §. 99) gleichen Schritts mit dem physischen Urheber verantwortlich macht, — s. §. 96. Anm. 2. — kann als communis opinio gelten. Indessen haben andre Ansichten sich von alter Zeit her [1]) geltend gemacht. Schon in der italienischen Jurisprudenz gab es eine Fraktion, welche (germanisirend) den Anstifter, weil er nicht causa principalis sei, für minder strafbar erklärte [2]), und eine solche, welche ihn strafbarer fand, weil er in se, in mandatarium und in occisum zugleich delinquire [3]). Allein als communis opinio wurde schon damals die Regel der gleichen Strafbarkeit festgehalten [4]), und ebenso in der deutschen Doktrin [5]). vgl. P.G.O. Art. 107. So insbesondre auch im Cod. Max. [6]), aber nicht minder in fast allen neueren Gesetzgebungen, nur daß freilich hier meist die Regel abstrakt aufgestellt und dabei das Anm. 1. fixirte Hauptmoment nicht oder nur beiläufig beachtet erscheint (s. u.) [7]). Hievon

---

1) A. M. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 503. 505.

2) Boss. T. de mand. ad homic. n. 1. Menoch. arb. quaest. II. c. 353. n. 7. u. A. bei Farin. qu. 135. n. 5. 7. vgl. Ang. und Aug. §. Et Sempron. n. 37. Neuerdings Mittermaier N. Arch. III. 143 f. Luden Abh. II. 367—369. Hdb. I. 355. n. 1. S. 456 (wogegen Bemerkungen, wie von F. Roßhirt S. 507, nichts taugen).

3) Gl. ad l. 4 §. 3 D. de his qui not. (3. 2). Gandin. r. de poen. reor. n. 12. August. l. c. u. A. bei Farin. qu. 135. n. 6. 42. vgl. die Ausführung bei Decian. tract. cr. IX. 32. n. 4 (wo auch die causa principalis, prima, secunda, proximior, remota ꝛc. ihre Rolle spielt). Theodor. Coll. crim. c. 1. aph. 27. c. Kleinschrod I. §. 185. Tittmann I. §. 105. Feuerbach Rev. II. 254. Salchow Darst. I. 229.

4) Decian. IX. 39. n. 1. 6 (20?). Menoch. l. c. Farin. l. c. n. 41. (6. 42?). vgl. Clarus §. fin. qu. 89. n. 1. Dabei wurde gestritten, ob das Mandat vere od. ficte Urheberschaft begründe, worin der Grund der Oblig. liege, ob die Regel auch auf das Statutarrecht anzuwenden sei ꝛc.

5) Carpzov qu. 4. n. 9—15 (n. 12 ist nur theoretisch eingeflickt). s. jed. qu. 19. n. 21—24. qu. 38. n. 53—57. qu. 91. n. 21—24. Matth. Prol. I. n. 12. Kress p. 644. Cocceji de soc. §. 18. Böhmer Med. ad art. 177. §. 3. Quistorp §. 59. Martin §. 81. Oersted Grundr. §. 26. Wächter I. §. 89. n. 79. Heffter §. 98. n. 3.

6) I, 12. §. 5. vgl. die Anm. (die auf Cocceji und Stryk verweisen und den Anstifter theoretisch strafbarer finden); strafbarer ist die Austiftung nach dem östr. GB. §. 5. 37. d. e. 39. c. 63—65. 68 ꝛc.

7) Preuß. LR. II, 20. §. 67 (in § 65. 68 ist die Theorie der schwereren Strafbarkeit des Verführers aufgenommen. vgl. Klein z. Quistorp §. 59). Bair. GB. Art. 45. Sächs. Art. 36. Entw. Art. 62. Hannövr. Art. 53. Wirt. Art. 74. Braunschw. §. 41. Hess. Art. 71. Thüring. Art. 31. Preuß. §. 34. Bad. §. 119. Der §. 120 (von F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 510—513 unrichtig zu der allgemeinen Frage gezogen) gehört zu §. 96. Anm. 4. Wirt. Ges. 13 Aug. 1849. Art. 13. Uebrigens machen auch die neueren Gesetzgebungen manigfach Ausnahmen. s. z. B. Weiß S. 181. Leonhardt I. 244.

vorerst abgesehen, ist es eine jetzt wohl fast allgemein anerkannte Regel, daß die Strafbarkeit des Anstifters bei wirksam gewordener und ungestört in Wirksamkeit gebliebener Anstiftung gleichen Schritts mit der des physischen Urhebers gehe. Ist mithin der letztere aus von seinem Willen unabhängigen Gründen gar nicht bis zum strafbaren Versuche gekommen, so kann auch dem Anstifter noch kein Verbrechen zugerechnet werden. Ist er aber zum Versuche [1]), resp. zur Vollendung vorgeschritten, so ist auch dem Anstifter das Verbrechen als versuchtes, resp. als vollendetes zu imputiren [2]).

§. 99.

Diese in abstracto gleiche Strafbarkeit findet jedoch nicht auch in concreto statt. Vielmehr ist dem Anstifter das von seinem Agenten versuchte oder vollendete Verbrechen nur insoweit zuzurechnen, als es ihm zuzurechnen wäre, wenn er es selbst ohne Vermittlung eines Andern physisch begangen hätte. Es ist ihm aber gar nicht zuzurechnen, wenn es, von ihm als physischem Urheber verübt, gar nicht als Verbrechen möglich erschienen wäre. N. Rev. §. 146.

1) Der Grundsatz der gleichen Strafbarkeit des intellektuellen und des physischen Urhebers kann abstrakt (d. h. ganz uniform) aufgefaßt werden, was zwar von Seiten der Doktrin selten geschehen ist [3]), wohl aber auch noch in dem Wortlaut vieler neuen Gesetzgebungen liegt. Diesem abstrakten Extrem steht aber eben so verwerflich die nicht minder abstrakte Ansicht gegenüber, daß in dem fraglichen Falle die Verschuldung des Anstifters und die des physischen Urhebers ganz und gar für sich zu betrachten seien [4]).

2) Gleichwohl enthält die letztere Ansicht, nur freilich in vager Weise, einen ganz richtigen Gedanken, d. h. die Negation der abstrakten Uniformität der Beurtheilung des intellektuellen und des physischen Agenten. Indessen hat eine solche abstrakte Gleichstellung schon in der italienischen Jurisprudenz die communis opinio gegen sich gehabt [5]). Abgesehen nämlich von dem a. E. des §. berührten Punkte (s. Anm. 3), war es schon damals eine viel besprochene Frage, ob die

---

1) Es ist verkehrt, hiefür aus dem röm. Rechte argumentiren zu wollen (wie so oft geschieht!), da dieses bei Privatdelikten den Versuch gar nicht, bei öffentlichen dagegen in der Regel gleich dem vollendeten Verbrechen strafte. s. überh. N. Rev. S. 534—543.

2) Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74 unter 1. a. (s. bes. not. 1.!) Leonhardt I. 242. Beseler S. 156. Goldtammer I. 310 (mit Unrichtigem vermischt). Andere Kommentare lassen die Frage bei Seite liegen (!).

3) s. z. B. Damhouder c. 70 n. 8 sq. Carpzov qu. 4. vgl. jedoch qu. 19. n. 21 sq.

4) Abegg Lb. S. 113. 115 und N. Arch. 1841. S. 396—398. vgl. Stübel Theilnahme S. 98 f. s. dag. N. Rev. S. 536. 538. 639. Die Praxis vor den neuen Gesetzgebungen war freilich in dieser Beziehung zum Theil lax. s. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 513. Nach den verschiedenen Arten der Anstiftung macht willkührliche Unterschiede Henke I. 528. vgl. Quistorp §. 69. 70. An sich ist dieses Moment allerdings wichtig. Kress p. 644. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 4. Med. ad art. 177. §. 3. 4. Tittmann I. §. 107. Berner S. 276 ob. rc.

5) s. die Liter. b. Farin. qu. 135. n. 34—38. und bei Decian. Tr. crim. IX. 33. n. 3. 8 sq.

qualitates aggravantes oder mitigantes beim mandans auf die Verantwortlichkeit des mandatarius einwirken und umgekehrt? Eine prinzipielle Entscheidung ist hier, wie meist, bei jenen Juristen um so weniger zu suchen [1]), da sie nach Gelegenheit bald aus dem subjektiven Standpunkte des römischen [2]), bald aus dem objektiven des germanischen Rechts [3]) argumentirten und überdies den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe noch lange nicht zur Klarheit herausgearbeitet hatten. Die ältere deutsche Doktrin dagegen hat diese Frage in der Regel umgangen [4]) und nur eine verwandte aufgegriffen (s. Anm. 3). In der neueren ist sie dafür wieder lebhafter besprochen. Die weitaus herrschende Ansicht ist die im §. aufgestellte [5]), welcher auch solche beipflichten, die bei der Beihilfe (s. §. 93. Anm. 4) den entgegengesetzten Grundsatz befolgen [6]). A.M. sind nur Wenige [7]). Ein straferhöhender oder mindernder Einfluß der dem einen Theilnehmer bekannten Schärfungs- oder Milderungsgründe auf Seiten des andern ist übrigens nicht ausgeschlossen [8]). Auch die Gegner gehen indessen doch keineswegs so weit, als vielfach hinsichtlich der Beihilfe der Fall ist, sondern kommen eben nur zu der schon von Decianus u. A. gemachten Distinktion zwischen qualitates delicto — und bloß personae inhaerentes [9]), indem sie nur im ersteren Fall eine solidarische Verantwortlichkeit statuiren [10]). Diese Unterscheidung ist jedoch (s. §. 93. Anm. 4) nicht nur an sich sehr willkührlich, sondern sie führt auch zu unauflöslichen Schwierigkeiten, da die aus den persönlichen Verhältnissen

---

1) Bartolus z. B. wollte überall uniforme Strafe, was Manche sogar auf den Fall ausdehnten, wenn der eine Theilnehmer um die beim andern vorhandene qualitas gar nicht gewußt habe (Farin. qu. 131. n. 44). Baldus stellte den umgekehrten Grundsatz auf, jedoch mit subtilen Distinktionen (s. dar. Ang. und August. §. Et Sempr. n. 20. 26 sq.), s. bes. Menoch. arb. quaest. II. c. 353. n. 5 sq., welchen Andere wieder andere substituirten. s. bes. Decian. l. c. (ob die qualitas delicto od. personae inhärire).

2) bes. diejenigen, welche den mandans sogar strafbarer finden.

3) s. z. B. Decian. IX. 32. n. 4 cf. 33. n. 8., wo freilich mit dem Kausalitätsbegriff sehr willkührlich umgegangen wird. (s. bes. Bald. ib. cit.) vgl. §. 93. Anm. 4.

4) Die Quellen des gem. Rechts sind unergiebig. vgl. §. 12 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). l. 6. 7 D. ad leg. Pomp. (48. 9). Letztere Stellen sind singulär zu nehmen, wie schon Baldus behauptete. vgl. Westphal de consort. §. 9. Heffter §. 255. n. 5. F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 519.

5) Konopak N. Arch. II. 310 f. Kleinschrod I. §. 186. Grolman §. 33. not. a. Henke I. 530. Martin §. 81. Wächter I. §. 89. n. 80. Abegg a. a. O. Heffter §. 98. not. 3. 5. Bauer Abh. I. 434. Marezoll S. 187. F. Roßhirt a. a. O. S. 516 f. Mittermaier n. 3. z. F. §. 46.

6) Berner S. 305. 306. Zachariä N. Arch. 1851. S. 217.

7) Kitka S. 21 f. Luden Hdb. I. 448—450 (eigenthümlich). Breidenbach I, 2. S. 251 f. Hye S. 240—254.

8) Heffter §. 255. n. 5. Zu weit geht Berner S. 252 unt. (vgl. dag. S. 306).

9) Kitka S. 28 Note 1. j. S. 17. 18. Breidenbach a. a. O.

10) Jedoch keineswegs mit irgend einer Konsequenz. Der Scharfsinn, womit das Unvereinbare vereinigt werden soll, ist ebenso zu bewundern, als zu beklagen. (Kitka müht sich am Hausdiebstahl, Breidenbach am Kindsmord ab.) Noch fataler ist es, wenn der Letztere — ohne die abstrakte Konsequenz Berners — dieselbe Frage bei der Beihilfe theilweise nach andern Prinzipien entscheidet, während Hye der Anstiftung dieselbe accessorische Natur verleiht, wie der Beihilfe, und nur beim Mitthäter andere Grundsätze aufstellt.

eines Theilnehmers hervorgehende qualitas aggravans oder mitigans sowohl auf Seiten des Anstifters als auf Seiten des Angestifteten vorhanden sein kann und sofort bei der gleichen Urheberdignität beider bloß die Willkühr darüber entscheidet, welches Verhältniß (ob das generelle oder das spezielle?) zu Grunde gelegt werden soll [1]. Dabei war es noch besonders übel, daß man auf eine wissenschaftliche Autorität hin [2]) nicht selten eine ganze Reihe von Fällen mit Unrecht hierherzog und hieraus dann wieder Konsequenzen ableitete, die angebrachter Maßen abzuweisen sind [3]).

3) Neben der eben berührten Frage beschäftigte schon die ältere italienische und deutsche Doktrin die weitere: a) ob die Strafbarkeit des einen Theilnehmers an sich durch die des andern bedingt sei? Hiebei fallen denn vorerst alle Fälle hinweg, in welchen eine Handlung überall nur scheinbar als Rechtsverletzung erscheint, wie in den Fällen des §. 15. Anm. 1. 3. [4]), bei Nothwehr, Nothstand und Selbstmord [5]). Denn in allen diesen liegt überall keine Uebertretung des Strafgesetzes vor. Ebensowenig gehören hierher diejenigen Fälle, in welchen die Handlung unter allen Umständen als Verbrechen erscheint, wenn auch je nach den Verhältnissen bei dem einen oder andern Theilnehmer als größeres oder geringeres (s. Anm. 2). In diesem Fall kann bei dem einen Theilnehmer durch Tod [6]), Verjährung [7]), Begnadigung [8]) eine Tilgung der Strafbarkeit eingetreten sein, die jedoch auf den andern ebensowenig zurückwirkt, als der Umstand, daß man des einen nur nicht habhaft ist und vorerst den andern allein prozessiren muß [9]). Die älteren Juristen schloßen hieran meist die weitere Frage, ob die Freisprechung des Mandatars dem Mandanten zu Gut komme, resp. die Verurtheilung desselben ihm schade? Die letztere Frage wurde von der communis opinio verneint [10]). Ebenso verneinten Viele die erstere [11]). Dagegen wurde sie

---

1) Dies hat Berner richtig eingesehen, aber sich keine Mühe gegeben, die Schwierigkeiten wegzuräumen, die er bei Beantwortung derselben Frage hinsichtlich der Beihilfe sich selbst in den Weg gelegt hat. vgl. dag. die großen Widersprüche zwischen Kitka S. 29–34 und Hye S. 251–254.

2) Stübel Theilnahme S. 85 f.

3) s. bes. Kitka S. 26–28. Breidenbach S. 256. n. 10.

4) Im Fall der Anm. 2. fällt die Verantwortlichkeit in ganzer Fülle gerade auf den Anstifter. Der Fall der Anm. 1 (erlaubte Selbsthilfe) macht heutzutage keinerlei Schwierigkeit, wogegen sich die Italiener hinsichtlich der erlaubten Tödtung des Ehebrechers sehr stritten. s. Decian. tr. crim. IX. 36. n. 27–31. Farin. qu. 121. n. 14–20. 83 sq. vgl. Leyser Sp. 570. corr. 2. 3. Böhmer obs. 1 ad Carpz. qu. 4.

5) Bei Nothwehr und Nothstand ist die Frage unpraktisch, falls nicht die Anstiftung bloße Maske ist. Beim Selbstmord machen mehrere neuere Gesetzgebungen Ausnahmen. s. §. 93. Anm. 4.

6) Nicht zu verwechseln mit der von Decian. IX. 36. n. 25 verhandelten Frage. August. ad Ang. §. dicto malef. n. 21. Hélie II. p. 118.

7) Heffter § 190. not. 8. Hye S. 268. 269.

8) Konopack N. Arch. II. 288 ff. Anders bei der Abolition. Heffter §. 184. n. 9. Hélie II. p. 117.

9) Hierüber war große Meinungsverschiedenheit bei den Italienern. s. d. Liter. bei Decian. IX. 33. n. 2. Farinac. qu. 3. n. 4 sq. qu. 131. n. 54–60. qu. 135. n. 31. 32. s. jedoch Abegg N. Arch. 1835. S. 175. 176. Hélie II. p. 118.

10) s. übr. Gandin. tit. de homicid. n. 9.

11) s. z. B. Angel. §. Et Sempr. n. 40. §. et ibi caput. n. 10. Boss. tract. de malef. T. de delicto. n. 52.

von Andern für den Fall bejaht, wenn der Mandatar wegen Mangel eines Delikts freigesprochen sei, nicht aber, wenn bloß als non culpabilis [1]). Doch scheinen die Meisten überall für die Verneinung gewesen zu sein [2]). Die comm. opinio (selbst mit der angegebenen Modifikation) gründete sich aber eben nur auf die richtige Einsicht, daß der eine Theilnehmer strafbar sein könne, wenn gleich der andre straflos ausgehe. Dabei konnten nun aber freilich als Beispiele der Strafbarkeit des Mandats bei anzunehmender Straflosigkeit des Mandatars nur die §. 96. Anm. 1 herausgehobenen Fälle angeführt werden, in welchen nach richtiger Ansicht die Anstiftung in einfache Urheberschaft übergeht. Die praktische Entscheidung fur diese Fälle war denn auch im Wesentlichen richtig [3]), übrigens leicht. Dagegen führte diese — freilich auch vieles Andre mit einmischende [4]) — Erwägung nothwendig zu der weit schwierigeren Frage: b) ob bei einem ausgeführten Mandat auch der Mandant straflos ausgehen könne? Dieselbe wurde ganz richtig bejaht, quia fictio [5]) non potest cadere, ubi cadere non potest veritas. Dagegen machte man großentheils sehr naive Anwendungen von dieser Regel, die sich nicht halten lassen, gleichwohl aber noch heute wiederholt werden. Namentlich z. B. meinte man, zum furtum könne man nicht anstiften ohne einen animus lucri oder gar eigene faktische Partizipation [6]), zu Fleischesverbrechen aller Art aber gar nicht, weil hier nur das aktive Agens seinen Geschlechtstrieb befriedigen könne [7]); ebenso könne ein Blinder nicht Anstifter einer Fälschung werden [8]) u. dgl. Offenbar verwechselte man hiebei die formelle Absicht, die allein zum dolus gehört, mit der materiellen (dem Zweck) §. 73. 78, und legte resp. auf das Mittel der physischen Ausführung kindischer Weise ein Gewicht, das eben in dem dolus des Anstifters, welcher ein taugliches Mittel wählt, sich

---

1) s. bes. Dynus b. Ang. l. c. vgl. August. ad h. l. (Modifikationen wollte Bart.) Decian. IX. 33. n. 7. Andere wollten die Freisprechung des principalis dem consulens ꝛc. absolut zu Gut kommen lassen. s. z. B. Conrad. pract. de consul. lim. 9. n. 3. Andere machten wieder andere Distinktionen. Menoch. arb. quaest. II. c. 351. n. 12 sq. s. auch Hélie II. 119—121.

2) Farin. qu 131. n. 61. 62. qu. 135. n. 33.

3) Angel. §. Et Sempr. n. 9—14. Carrer. pract. §. 5. n. 88. 113. 130 sq. Decian. IX. 33. n. 4. c. 37. n. 1 sq. An Verstößen fehlte es freilich auch damals nicht. A. M. war Carpzov qu. 4. n. 7. 8. s. dag. Kress p. 644. Böhmer obs. 1. ad Carpz. qu. 4. Med. ad art. 177. §. 4 (beide sprechen jedoch bloß vom Befehl, Kress sogar sehr ungenau). Die irrige Auffassung der fraglichen Fälle hat sich großentheils bis in die neuere Doktrin herab erhalten. s. o.

4) Ueber Exzeß des Mandats, Revokation, Versuch ꝛc., — wie noch heute!

5) „Quod quis per alium fecit, ipse fecisse videtur". Decian. IX. 36. n. 26.

6) Carpz. qu. 87. n. 8. 9 (bei consil. u. auxil.). Kress p. 644. Böhmer Med. ad art. 177. §. 4. Quistorp §. 59. Tittmann I. §. 105. a. E. (wie Kress, schon minder materiell). Stübel Theilnahme S. 85. Roßhirt Entw. S. 257. s. dag. Luden Hdb. I. 449. n. 12.

7) Bald. ad l. 5 C. de accus. (9. 2). n. 20 und ad l. 1 C. de serv. fug. (6. 1.) n. 14. Clar. §. fin. qu. 87. n. 5. Decian. IX. c. 32. n. 9. c. 36. n. 26. Farin. qu. 135. n. 39. 79. 104. Menoch. de arb. qu. II. c. 353. n. 10. Böhmer Med. ad art. 177. § 4. Quistorp §. 59. — s. jed. auch Carrer. pract. §. 5. n. 190. Aug. ad Ang. §. Et Sempr. n. 36. Decian. IX. 38. n. 13. Farin. l. c. n. 80—82. Matth. ad 48, 18. c. 4. n. 15 u. Covarruv. ib. cit. vgl. gleichwohl wieder Marezoll S. 123. n. 2 (!).

8) Farin. l. c. n. 40. und Bald. ib. cit. Decian. IX. 36. n. 26.

absorbirt (wie denn auch ein Impotenter als Anstifter eines Ehebruchs oder dgl. hätte auf's Tapet gebracht werden können). Weit treffender war dagegen das weiter vorgebrachte Beispiel eines Eidesunmündigen, der zum Meineide anstiftet, — welches freilich bis in die neuere Zeit lange nicht gehörig gewürdigt wurde [1]). — In neuerer Zeit hat nun auch hier Stübels scharfer Verstand tief eingeschnitten, übrigens das Kind mit dem Bade ausgeschüttet [2]). Er stellt als Prinzip auf, daß man überall nicht Anstifter werden könne, wenn man nicht die spezielle zum Delikt gehörige Absicht habe oder nicht in den speziellen zum Delikte erforderlichen persönlichen Verhältnissen sich befinde. Man könne solchenfalls wohl Theilnehmer (Gehilfe) am Delikt werden, begehe aber selbst als reus princip. nur das Delikt, welches nach Abzug jener Momente für den Anstifter nach seinen individuellen Verhältnissen als möglich noch übrig bleibe. Was er hier von der Absicht sagt, ist ein offenbarer Irrthum, wie ob. gezeigt wurde. Triftiger ist das andre Moment, wobei er sich jedoch nicht mit den Beamtenverbrechen begnügt, sondern auch Incest, Ehebruch und Bigamie als Beispiele vorbringt. Hiermit hat er direkt [3]) und indirekt Verwirrung gestiftet, letzteres insofern, als man aus seinen abstrakten Einseitigkeiten einen apagogischen Beweis führen zu dürfen glaubte [4]). Allein der Fehler bei ihm liegt nur darin, daß er um einer äußeren Aehnlichkeit willen ganz verschiedene Fälle identifizirt. Die sog. Fleischesverbrechen sind (s. den bes. Theil) keineswegs bloß relative Rechtsverletzungen, die etwa nur von einem potenten Ehemann, Verwandten rc. intendirt werden könnten. Sie sind vielmehr Verbrechen gegen das Recht der Familie, welche ein allgemeines, d. h. jeden umfassendes, tragendes und verpflichtendes Rechtsinstitut ist [5]). Dagegen ruhen die reinen Amtsverbrechen (die kein gemeines Delikt enthalten) eben nicht auf einem solchen allgemeinen menschlichen Fundament; sie sind Delikte nur für diejenigen, welche gerade dem besondern Stande der Beamten u. dgl. angehören und die besondre Verpflichtung über sich genommen haben, deren Verletzung allein die sonst indifferente Handlung zum Delikte macht. Der Schluß von der einen Verbrechensklasse auf die andre hinsichtlich der Möglichkeit der Theilnahme (Anstiftung, Beihilfe) ist daher ganz verfehlt. Dieselbe ist bei den ersteren ebensogewiß anzunehmen, als sie bei den letzteren auszuschließen ist [6]). Die gemischten Amtsverbrechen fallen dagegen durchaus unter die Regel der Anm. 2.

---

1) Statt dessen ritt man auf dem Steckenpferd des animus lucri beim furtum. Unklar ist wenigstens Martin §. 79. n. 6—8.

2) Theilnahme S. 85 ff.

3) Marezoll S. 121—124.

4) Kitka S. 25—27. Breidenbach I, 2. S. 256. n. 10. Hye S. 242. 252. Luden Hdb. I. 448. n. 9.

5) Daß davon auf das parricidium rc. kein die Anm. 2 umwerfender Schluß zu machen ist, braucht kaum bemerkt zu werden. Denn beim parricidium bildet ja nicht das Recht der Familie als solches das Objekt des Verbrechens. Das Familienverhältniß ist hier für ein dasselbe an sich gar nichts angehendes Delikt ebenso ein Schärfungsgrund, wie es beim Familiendiebstahl einen Milderungsgrund abgiebt.

6) vgl. die nicht ganz sichere Ausführung bei F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 533—536. Unrichtig ist dort der N. Rev. nachgesagt, sie scheine nur die richtige Ansicht zu haben: s. N. Rev. S. 535. 539. 540. Auch ist es auffallend, wie sich der Verf. S. 546 auf Berner berufen mag, dessen Scheidung der Anstiftung und

4) Die Mängel der Doktrin in Beziehung auf die hier einschlagenden Fragen spiegeln sich auch in der Gesetzgebung ab. Vor dem Bair GB. hat sich keines überall mit ihrer bestimmten Entscheidung befaßt [1]). Auch dieses übrigens (Art. 45) wählt den leicht mißzuverstehenden und nicht selten mißverstandenen Ausdruck: (auch) der Anstifter solle als Urheber bestraft werden. Doch trat der falschen Auslegung, als sei er gleich dem Thäter zu bestrafen, der Art. 118 entgegen, der die Anm 2 angeführte Regel ausspricht. Nach richtiger Ansicht wird auch die Theilnahme an reinen Dienstvergehen (Anstiftung u. Beihilfe) in Baiern als straflos erachtet [2]). Den gedachten zweideutigen Ausdruck adoptirten auch das Wirt. GB. Art. 74, das Hannövr. Art. 53, das Hessische Art. 71, das Badische §. 119. Gleichwohl wurde in Wirt. nach richtiger Ansicht der Art. 74 (jetzt aufgehoben) so ausgelegt, daß der Anstifter so gestraft werden soll, als ob er die That selbst begangen hätte. Es wurde also das falsche Prinzip des Art. 87 nicht auf die Anstiftung herübergezogen und die Anstiftung zu reinen Dienstvergehen nach Analogie von Art. 404 als straflos angenommen [3]). Das Hannövr. GB. ist zwar wohl im Art. 53 ebenso auszulegen, wie das Wirt. Art. 74, allein eine bestimmtere Vorschrift wäre — namentlich hinsichtlich des in Anm. 3 Angef. — sehr zu wünschen [4]). Das Hessische wird, obwohl gleichlautend, von Breidenbach theilweise abweichend interpretirt [5]); jedenfalls sieht man in Hessen nach Analogie von Art. 84 auch Anstiftung zu reinen Dienstvergehen für strafbar an [6]). Der badische §. 119 entspricht dem wirt. Art. 74, der §. 137 dem Art. 87 (accessor. Natur der Beihilfe). Dagegen spricht das bad. GB. die Straflosigkeit der Beihilfe zu reinen Dienstvergehen nicht aus; es ist daher hinsichtlich der Anstiftung hiezu eher so wie in Hessen, als wie in Wirt. zu argumentiren [7]). — Das Sächs. GB. Art. 36. läßt gleichfalls den Ausleger im Stich, da es nicht, wie das Thüring. Art. 34 thut, den Anstifter und Angestifteten geradezu unter die Regel über die gleichen Theilnehmer stellt, woraus sich (Art. 44) mindestens für die Fälle der

---

Beihilfe in dieser Frage S. 524 ff. mit Recht verworfen wird, und der die direkt vorliegende Frage gar nicht hervorhebt!

1) Nach Hyes Ausführung soll dies freilich schon im östreich. GB. von 1803 mit hinreichender Deutlichkeit geschehen sein. Abgesehen aber davon, daß die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv persönlichen Beziehungen sehr schwankend und willkührlich erscheint, — wird die ganze Auslegung Hyes von Andern keineswegs gutgeheißen (S. 253 und Kitka S. 21 f). Wäre sie aber auch die anerkannte, so kann sie doch nicht umhin, einzuräumen, daß das östr. GB. im bes. Theile hinsichtlich der vorliegenden Frage voller Inkonsequenz und Widerspruch ist. s. §. 93. Anm. 4 a. E.

2) Arnold Bl. f. Rechtsanw. 1841. S. 382. vgl. Entw. Art. 55 (s. jed. Art. 371!).

3) Hufnagel I. 150. II. 520. 741—744. III. 80—85. 582. 583. N. Rev. S. 539—541. vgl. den Fall in Demmes Annal. XI. 360 f.

4) vgl. Bauer Abh. I. 434. 435. Leonhardt I. 243. n. 8.

5) I, 2. S. 255. 256; daher ist nicht richtig, was F. Roßhirt S. 540 ob. sagt; s. dens. S. 527 f.

6) Breidenbach S. 257—259 (s. jedoch S. 258. n. 13 und S. 376).

7) A. M. F. Roßhirt S. 540 ff., der übrigens S. 546 mit Recht bemerkt, daß man von dem singulären Falle der Bestechung aus nicht argumentiren dürfe. Das bad. GB. verliert sich übrigens im bes. Theil in Willkühr. s. §. 222—224. 252. 259.

Anm. 2 das Richtige ergeben würde [1]). Ebenso ist eine allgemeine Bestimmung über die Fälle der Anm. 3. zu vermissen [2]). — Das preuß. GB. §. 34. 35. legt der Anstiftung wie der Beihilfe entschieden bloß accessorische Qualität bei, d. h. es unterwirft den Anstifter dem Strafgesetz, das auf den Thäter Anwendung findet. Bei relativ bestimmten Stafgesetzen kann daher zwar immerhin das Anm. 2. Bemerkte Berücksichtigung finden, nicht aber bei absolut bestimmten. Auch können nach §. 44 die qualitates aggravantes auf Seiten des Thäters dem Anstifter nur dann aufgerechnet werden, wenn er sie gekannt hat [3]). Ist aber dies der Fall, so wird der Anstifter ganz nach dem Grundsatz behandelt: accessorium sequitur suum principale [4]). Eine Ausnahme in pejus (nicht, wie in Oestreich, in mitius) ist nur beim Familiendiebstahl gemacht [5]). Die Theilnahme an Amtsverbrechen wird (mit wenigen Ausnahmen) nach den allgemeinen strengen Grundsätzen bestraft [6]). — Soweit dieses GB. sich von der Wahrheit entfernt, so genau findet sich diese in dem braunschweig. GB. ausgesprochen, §. 41. 45. 252. — Zu den vielen Inkonsequenzen, Widersprüchen und Lücken, welche die neueren Gesetzgebungen in den im §. abgehandelten Fragen darbieten, kommt endlich noch der gewöhnliche Mangel an aller festen Bestimmung darüber, ob gegen einen Theilnehmer (Anstifter od. Gehilfen), der als extraneus an einem gegen den Thäter nur auf Klage zu untersuchenden Vergehen Theil nimmt, ex officio einzuschreiten sei [7])?

§. 100.

Von dem Fall der gelungenen Anstiftung (§. 98) unterscheiden sich wesentlich die Fälle der mißlungenen (den der Anstiftung eines

---

1) Weiß S. 179. 181 ob. vgl. S. 200 ff. 363. n. 1 (?). vgl. N. Jahrb. 1845. S. 361—363.

2) Nur die Verleitung zur Desertion ist (abges. von der Bestechung) Art. 95 ausdrücklich mit Strafe bedroht. (s. übr. die Motive z. bes. Theil I. Abth. Bd. 1. S. 94. II.). Ebensowenig genügt übrigens der neue Entwurf, der in Betreff von Anm. 2. im Art. 63 sein Heil im Eklektizismus sucht, und in Hinsicht auf Anm. 3. nur soviel zu vernehmen giebt, daß Anstiftung zu reinen Disziplinarvergehen regelmäßig nicht strafbar sein soll (Art. 63. 64. 122).

3) Hierin ist das GB. milder, als die von Hélie bezeugte Praxis des franz. Kassationshofs. Zuviel sagt aber Beseler S. 162 ob.

4) s. gegen diesen Satz Hélie II. 121—131, welcher die Inkonsequenz der franz. Praxis aufdeckt und im Wesentlichen ganz die richtige Ansicht aufstellt. Zu bemerken ist überdies, daß nach franz. Rechte trotz der Strenge des Code und der jurisprudence das freilich tadelnswerthe System der mildernden Umstände in den betr. Fällen stets eine Aushilfe bringen kann, die nach preuß. Rechte nicht zu beschaffen ist.

5) §. 228. 229. Beseler S. 433—439 (härter, als der Code art. 380).

6) §. 331. Beseler S. 565—567. Nicht ganz klar u. konsequent ist Goldtammer I. 315--319.

7) Das preuß. GB. entscheidet die Frage ganz richtig (aber inkonsequent) bejahend. Inkonsequent und unrichtig sind dagegen die Behauptungen bei Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 85. s. dag. 494. Breidenbach I. 2. S. 259. 260. Unklar die b. Weiß S. 311. 312. (wären Anstifter und Angestifteter als gleiche Theilnehmer anzusehen, so wäre einfach wie im preuß. GB. zu entscheiden. Weiß S. 202. N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 130). vgl. Leonhardt I. 243. n. 8. Bad. GB. §. 392—394. Braunschw. §. 246. 247, 1. s. überh. unten Anhang hinter §. 131.

schon für sich Entschlossenen §. 96 a. E. und den der überschrittenen mit inbegriffen). Während im ersteren Fall der Anstifter mit seinem Agenten sich identifizirt und daher das Handeln des Letzteren das Maß auch für seine (des Anstifters) Schuld bildet, so muß in den letzteren Fällen nothwendig die rechtliche Beurtheilung des intellektuell Thätigen und des physischen Agenten verschieden ausfallen. Es sind deren drei: a) mißlungene Anstiftung im e. S., d. h. wenn der Anzustiftende sich nicht bestimmen läßt; b) erfolglos gebliebene, d. h. wenn der Letztere sich wirklich bestimmen ließ, sofort aber unabhängig vom Anstifter seinen Willen änderte oder zwar zum Versuche fortschritt, von diesem aber wieder aus eigener Bewegung abstand. Im Fall a) liegt nichtbeendigter, bei b) beendigter Versuch mit untauglichem Mittel vor, während der Angestiftete straflos bleibt, resp. nur für das in seinem aufgegebenen Versuche etwa liegende vollendete Delikt strafbar wird (§. 83. Anm. 3. §. 84. Anm. 3. §. 85. 86); c) relativ erfolglos gebliebene resp. überschrittene Anstiftung, d. h. wenn der Thäter sich bestimmen ließ, sofort aber ein andres Verbrechen, oder neben dem angesonnenen noch ein weiteres begieng, oder wenigstens in Beziehung auf die Modalitäten des Auftrags dessen Grenzen überschritt. In diesen Fällen bestimmt sich die Schuld des Anstifters, soweit der Angestiftete mit ihm identisch erscheint, nach §. 98, weiterhin aber nach den gewöhnlichen Grundsätzen über dolus, culpa und casus. N. Rev. §. 147.

1) Es ist neuerdings behauptet [1]) (und nachgesprochen) [2]) worden, daß es für die Auffassung der hier fraglichen Fälle nur Einen möglichen prinzipiellen Gegensatz gebe, nämlich einerseits die Fixirung der Anstiftung als eines eigenthümlichen, für sich versuchbaren und vollendbaren Verbrechens, andrerseits die Ansicht, daß die Anstiftung in allen Fällen (ob mißlungen, ob gelungen, ob entsprechend oder nicht entsprechend wirksam geworden rc.) lediglich von dem Standpunkte der physischen That aus rechtlich zu beurtheilen sei. Jede Ansicht, die nicht an diesem abstrakten Entweder — Oder festhalte, wurde für einen grenzenlose Verwirrung erzeugenden Versuch der Amalgamirung zweier prinzipiell verschiedenen Auffassungsweisen erklärt [3]). — Allein jener ganze Gegensatz ist ein völlig willkührlich aufgegriffener. Denn es wird keinem denkenden Juristen je im Ernste beigehen, die Anstiftung anders als in uneigentlichem Sinne für ein

1) Hepp im N. Arch. 1848. S. 262 f., vgl. aber dens. eb. 1836. S. 44—55. und Versuche S. 268. 269.

2) Zachariä N. Arch. 1850. S. 282. f. jed. S. 282—285. F. Roßhirt eb. 1852. S. 378 f. f. jedoch S. 409 ff. Bremer eb. 1853. Erg.-H. S. 85 f. Goldtammer I. 309—311.

3) Der Angriff war auf die „Dialektik" gemünzt (Hepp a. a. O. S. 275), traf aber die Ansicht, welche von der Glosse an bis auf die jüngste Zeit herab auf's allerunzweideutigste sich als die communis opinio behauptet hat! — vgl. Breidenbach I, 2. S. 266. F. Roßhirt a. a. O. S. 381. 382. 386 ff.

selbständiges, in sich abgeschlossenes Verbrechen zu erklären [1]); und ebensowenig ist jemals einer Gesetzgebung ein solcher rechtlicher nonsens eingefallen, selbst dem kanonischen Rechte nicht, dessen vorwiegend moralischer Standpunkt noch am ehesten dazu hätte verleiten können [2]). Schon der gesunde Verstand hätte also verbieten sollen, die Frage auf so verkehrte Weise zu stellen. Vielmehr kann sie nur dahin gestellt werden [3]), ob die rechtliche Würdigung des Anstifters sich überall und in jedem Falle lediglich nach den im §. 98 aufgestellten Grundsätzen zu richten habe, oder ob die oben im §. bemerklich gemachten wesentlichen Unterschiede für die hier fraglichen Fälle einen anderen Maßstab der Beurtheilung bedingen? Letzteres ist (allerdings mit manchen Abweichungen im Einzelnen) unbezweifelt die communis opinio seit den Glossatoren (s. u.). Wenn nun aber einige neueren Schriftsteller hievon abwichen und die erstere Meinung annahmen, so hatte dies einen doppelten Grund. Entweder gieng man nämlich a) von dem sog. objektiven Standpunkt des deutschen Rechts aus, nach welchem keinerlei Art verbrecherischer Thätigkeit (intellektuelle oder physische) eher strafbar werden könne, als bis infolge derselben eine physische, das Gebiet des strafbaren Versuchs beschreitende Handlung hervorgetreten sei [4]). Oder b) man suchte dasselbe aus der rechtlichen Natur des Versuchs [5]), resp. wenigstens aus dem in Beziehung auf den Versuch von den neueren Gesetzgebungen aus dem Code pénal adoptirten Standpunkte abzuleiten [6]). Den Einwürfen ad b) ist denn auch eine relative Berechtigung nicht abzusprechen. Gegen die sehr obenhin gehaltene (aber eben darum für Wortgläubige blendend gewordene) Deduktion (?) von Berner s. §. 84. Anm. 2. Das deutsche Recht bis auf die neuere Zeit, wo man (leider immer auf die verkehrteste Weise) nach der französischen Mode griff, weiß nichts von dieser willkührlichen Grenze eines commencement d'exécution, und die neueren deutschen Gesetzgebungen, die ohnedies in der Regel den Grundsatz mit einer Menge von Ausnahmen durchlöchern, können nicht als die reinen Organe der deutschen Rechtsentwicklung in dieser Hinsicht gelten. Gleichwohl ist nicht zu läugnen, daß von dem Standpunkte aus, den sie nun einmal eingenommen haben, eine konsequente und befriedigende Lösung der vorliegenden Fragen unmöglich und ein trauriges Halbheitssystem den Praktikern zur Nothwendigkeit gemacht ist [7]).

---

1) s. derartige Anklänge bei Mittermaier N. Arch. I. 178. 179. Stübel Theiln. S. 105. 106. Hepp eb. 1836. S. 44—55 (!), Zachariä Versuch I. §. 35., zurückgenommen eb. II. §. 165. not. 2. neuerdings zurückgenommen N. Arch. 1850. S. 282—285. Zirkler N. Arch. 1839. S. 439—445. Rossi II. c. 36.

2) F. Roßhirt a. a. O. S. 390—392.

3) Mit hinreichender Ausführlichkeit war die Sache in der N. Rev. S. 543—561 behandelt (vgl. Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 74—76. 492 unt.).

4) Luden Abh. I. 443—450. vgl. S. 293 ff., theilweise zurückgenommen Abh. II. 355. n. 1, und neuerdings Hdb. I. 461—464.

5) Kitka S. 43—48 und in Wagners Zeitschr. 1832. I. S. 180. 210. Breidenbach I. 2. S. 265 ff. Berner S. 254. 255. 274. 308—310. vgl. S. 90—92 und nach diesem Hepp N. Arch. 1848. S. 276—278. Ohne Gründe anzugeben, Mittermaier n. 4. z. F. §. 46.

6) Cucumus im N. Arch. XIV. 9. 10. F. Roßhirt a. a. O. S. 395 ff. vgl. Hufnagel a. a. O. (soweit er von der N. Rev. abweicht).

7) Dies ist deshalb nöthig, weil die neuen Gesetzgebungen trotz der ganzen oder

2) Schon die italienischen Juristen stellten die Frage, wann das delictum mandantis et mandatarii unum et idem sei, und beantworteten sie im Wesentlichen richtig dahin, daß es dann der Fall sei, wenn das delictum secutum sei [1]); nur waren sie für den Fall, wo es der Mandatar bloß zum Versuch brachte, nicht ganz sicher [2]). Dagegen unterschieden sie von dem ersteren Fall mit größter Bestimmtheit alle diejenigen, in welchen sie keine Identifikation des mandans und des mandatarius annehmen zu dürfen glaubten (Exzeß des Mandats, Widerruf desselben, Ausführung desselben durch einen Dritten, Ausführung vor gegebenem Mandat, Auftrag an einen alias facturus, mißlungene Anstiftung ꝛc.) [3]). Für diese wollen sie aber in der Regel (wenn auch zum Theil mit Beschränkung auf schwerere Delikte) mindestens eine poena extraordinaria. Dieser Lehre schloß sich auch Karpzov [4]) an, wiewohl ohne alles nähere Eingehen, wie denn auch Andre nach ihm häufig die einzelnen Fälle willkührlich aufgriffen oder übergiengen [5]). Gleichwohl fehlte es auch nicht an solchen, welche diese (wohl durch das Prinzip der abstrakt objektiven Kausalität verschuldeten) Lücken ergänzten [6]).

3) Was nun die Gesetze betrifft [7]), so sind die Ansichten über das römische Recht sehr verschieden. Es ist neuerdings behauptet worden, dasselbe strafe in der Regel keinerlei Art der Anstiftung bloß wegen der stattgehabten intellektuellen Einwirkung, sondern immer erst dann, wenn eine von den Gesetzen bedrohte That

---

halben Adoption der französischen Versuchslehre doch gerade hinsichtlich der Anstiftung meist den Pfahl des alten deutschen Rechtsbewußtseins im Fleisch stecken haben und jede irgend reine Anwendung der von Berner improvisirten Theorie schlechthin verbieten, selbst die preußische nicht ausgenommen. s. Beseler S. 156. A. M. Temme Glossen. S. 103.

1) Bart. ad l. 11 §. 3 D. de inj. (47. 10). ad l. 17 §. 2 eod. und Cyn., Dyn. ib. citt. Bald. ad l. 5 C. de accus. (9. 2). Salyc. ib. Angel. u. Aug. §. et Sempr. n. 25. Clar. §. fin. qu. 89. n. 1. 4. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 39. Carrer. pract. §. 5. n. 82. Decian. IX. 32. n. 5. Farinac. qu. 135. n. 8. 146.

2) Bald. ad l. 5 C. de accus. (9. 2). Ang. und August. l. c. n. 7. 8. 38. Carrer. §. 5. n. 80. 148. 157. Decian. IX. 36. n. 2. 4. Farinac. qu. 135. n. 167.

3) s. die Liter. b. Decian. IX. 32. n. 11. c. 36. n. 2—24. 32—35. Farin. qu. 129. n. 130—139. qu. 135. n. 18—24. 28—30. 141. 150—188. Bajard. ad Clar. l. c. n. 7—14.

4) qu. 4. n. 14—29. vgl. qu. 19. n. 56. 57. qu. 38. n. 51.

5) s. z. B. Böhmer Med. ad art. 177. §. 3. 4. Berger Electa I. p. 11. Quistorp §. 59. Auch unter den Neueren behandeln Manche die Frage gar nicht oder oberflächlich, so Feuerbach, Grolman, Henke, Jarcke, Wächter, Martin, Abegg.

6) s. bes. Stryk de mand. del. Kleinschrod I. §. 187. 188. Tittmann I. §. 105. 106. Stübel Theilnahme S. 105. 106. 110 f. vgl. S. 82—85. Mittermaier N. Arch. I. 178. 179. Zirkler a. a. O. Hepp N. Arch. 1836. S. 44—55. Zachariä Versuch a. a. O. Schröter §. 136. 138. 150. Bauer Abh. I. 430—432. Heffter §. 83. n. 4. 5. §. 87. n. 2. Marezoll S. 124. n. 3. Mittermaier n. 4—6. 9. z. F. §. 46. Hitzig Zeitschr. X. 284 f. Otto üb. d. Versuch. S. 94 ff.

7) Ueber den Fall der Anstiftung eines Fürsichentschlossenen s. o. Den Fall der Zurücknahme des Auftrags s. in §. 101. Aber auch von den ob. im §. genannten Fällen kommen hier vorerst nur die unter a. b. angef. in Betracht als diejenigen, welche das punctum saliens enthalten.

vom Angestifteten wirklich begangen worden sei [1]). Anderwärts wurde gesagt, nur die mißlungene Anstiftung bleibe straflos, dagegen nie die gelungene, gleichviel sofort, ob infolge davon etwas geschehen sei oder nichts [2]). Letztere Ansicht hat nun jedenfalls als eklektische gar keinen soliden positiven Halt. Erstere aber widerspricht geradezu dem Geist des römischen Rechts, der es gar nicht nöthig machte, die Strafbarkeit der Anstiftung an sich besonders auszusprechen [3]). Die Hauptstellen, welche dafür beigebracht werden, sprechen nur von den Privatdelikten, bei welchen der Satz ganz richtig ist, aber eben deshalb bei dem Denkenden den Gegensatz im öffentlichen Strafrecht sogar provozirt [4]). Ueberdies wird noch zugegeben, daß ausnahmsweise auch hier die einfache, wenn auch mißlungene Anstiftung strafbar gewesen sei [5]). Der offenbarste Widerspruch liegt endlich in dem Zugeständnisse, daß das römische Recht zwischen der Anstiftung eines alias facturus und non facturus nicht unterschieden habe, da ja ersteren Falls unzweifelhaft eine mißlungene Anstiftung vorliegt [6]). — Gerade umgekehrt darf man die bekannten Stellen der l. Sal. em. [7]) über das Dingen um Lohn nicht als Zeugniß für den Geist des germanischen Rechts anführen, welchem vielmehr gerade dasjenige gemäß war, was Zachariä fälschlich dem röm. Rechte aufbürdet. — Den römischen Gedanken sprach jedenfalls mit vollster Deutlichkeit das kanonische Recht aus [8]). — Allerdings haben nun die italienischen Juristen auch hier auf ihre Weise zu vermitteln versucht, indem sie den römisch-kanonischen Grundsatz annahmen, aber mit Ausschließung der delicta leviora, wobei denn für die bloße Anstiftung bald die poena ordin., bald eine poena extraordinaria angenommen wurde [9]). Jedenfalls zweifelten sie aber an dem Grundsatz, daß

1) Zachariä Versuch II. §. 194—201. und simpliciter nach ihm Hepp N. Arch. 1848. S. 279—281. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 382—385.

2) Luden Abh. I. 293—298. (Rein stimmt diesem und Zachariä bei. S. 186.) s. dag. F. Roßhirt a. a. O. S. 385. n. 3. s. übr. Luden Hdb. I. 462. n. 2.

3) Der Mangel eines solchen besonderen Ausspruchs ist der Hauptbeweis von Zachariä, der die l. 18 D. de poen. (48. 19) hier sehr ohne Noth herbeinöthigt. Ebensowenig wollen l. 7 §. 3 D. ad l. Jul. maj. (48. 4) und l. 17 C. ad l. Jul. de adult. (9. 9) heißen. N. Rev. S. 541. 542.

4) L. 1 §. 1. l. 36 pr. l. 52 §. 19 D. de furt. (47. 2). L. 7 §. 4 D. arb. furt. caes. (47. 7). L. 4 §. 4 D. vi bon. rapt. (47. 8). §. 11 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). §. 11 J. de injur. (IV. 4). L. 11 pr. l. 15 §. 10 D. eod. (47. 10). Halbe Zweifel s. auch b. Zachariä §. 198.

5) Zachariä §. 201. s. aber auch l. 15 §. 1 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1 §. 13 D. ad Sctm. Turp. (48. 16). L. 1 D. de extraord. crim. (47. 11).

6) Zachariä §. 196. F. Roßhirt läßt sich auf diesen Punkt gar nicht ein. s. überhaupt N. Rev. S. 554—556.

7) L. Sal. XXX, §. 1—3. vgl. LVII, §. 6. Herold. XXXI, §. 2. Wilda S. 631. 632. Luden Abh. I. 360 ff. (?).

8) C. 1 de homic. in 6^{0} (V. 4). Was Zachariä N. Arch. 1850. S. 280. und F. Roßhirt S. 390—392 darüber bemerken, ist schal, wenn auch nicht ohne Wahrheit.

9) Gandin. r. de homicid. n. 11. Bart. ad l. 11 D. de inj. (47. 10). Angel. und August. §. et Sempr. n. 7. 8. Boss. de homic. n. 4. de mand. ad homic. n. 13. de crim. maj. n. 33. Menoch. arb. quaest. II. c. 352. 360. n. 39 sq. (vgl. Zachariä Vers. II. 147. n. 1.!) Decian. IX. 32. n. 11. Farin. qu. 124. n. 90—92. qu. 135. n. 141.

auch eine mißlungene oder unwirksam gebliebene Anstiftung zum Mindesten eine poena extraordinaria verdiene, im Geringsten nicht, da sie denselben auch für den Fall der Anstiftung eines alias facturus, der Ausführung vor gegebenem Mandat, der Ausführung durch einen Dritten ꝛc. unbedenklich in Anwendung brachten [1]). Hievon wich allerdings die ältere und neuere deutsche Doktrin theilweise ab, sofern sie sich durch den Grundsatz der abstrakt objektiven Kausalität bestimmen ließ [2]). Jedenfalls war es aber ganz inkonsequent, die mißlungene Anstiftung zu ignoriren, während man die Anstiftung eines Fürsichentschlossenen für strafbaren Versuch erklärte [3]). Dieser Vorwurf trifft auch den Cod. Maxim. [4]). Unentschieden blieb die Frage auch im preuß. allg. LR. und im östr. GB. v. 1803. Doch sprach in ersterem GB. der ganze Geist für die Bejahung [5]). In der östr. Doktrin und Praxis waren die Ansichten getheilt, wenn auch allerdings die verneinende Entscheidung das Uebergewicht hatte [6]). Ebenso blieb sie unentschieden im sächs. GB. Art. 36, wirt. Art. 74, hess. Art. 71. Dagegen ist sie in verneinendem Sinne entschieden im preuß. GB. §. 34, das auch hier das franz. Muster nachahmt, übrigens doch eine Reihe von Ausnahmen statuirt [7]). Gleichfalls, jedoch im umgekehrten Sinne, ist sie entschieden im bair. GB. Art. 48 I. II., im hannövr. Art 55, im braunschw. §. 37 und im thüring. Art. 34. Jedoch sprechen die zwei erstgenannten Gbücher nur von der gelungenen, aber erfolglos gebliebenen Anstiftung [8]), wogegen das thüring. auch die mißlungene Anstiftung, jedoch nur in gesetzlich besonders hervorgehobenen Fällen, mit Strafe bedroht, das braunschw. dagegen allgemein [9]). Uebrigens wendet nur das thüring. GB. den Begriff des Versuchs mit untauglichem Mittel [10]) richtig an. Das braunschw. unterwirft auch den Angestifteten für die bloße

1) Bajard. ad Clar. §. fin. qu. 89. n. 7—14. Decian. IX. 36. n. 3. 14—20. 23. Farin. qu. 129. n. 130—139. qu. 135. n. 20—24. 28—30 und die dort. Citt. vgl. Damhouder. c. 133. n. 6. 7. Diese Ansicht dürfte denn auch die der P.G.O. gewesen sein, aus welcher direkt nichts zu entnehmen ist. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 392. (vgl. 392—395, wo theils der P.G.O. moderne Gesichtspunkte untergeschoben, theils die grundverschiedenen Fälle in §. 98 u. 100 bunt durcheinander geworfen werden).

2) Carpzov, Böhmer, Berger ꝛc. zu Anm. 2. cit.

3) so namentl. Böhmer Med. ad art. 177. §. 3. 5.

4) I. 12. §. 5. vgl. die Anm. hiezu unter b). Unbestimmt lauten die Vorschriften der Theres. art. 3 §. 15, art. 13 §. 3. s. dag. kursächs. Konstit. IV. 17. (Stübel Thatbest. §. 131).

5) s. noch bes. §. 67. 68 j. §. 42. 44.

6) Jenull I. 172—175. vgl. dag. Kitka S. 43 f. Hye S. 334—338.

7) vgl. Code art. 60. Hélie II. 99. 100. Rauter traité I. 212. Beseler S. 156. Goldtammer I. 309—311. Ebenso der bair. Entw.

8) vgl. hins. Hannover Ausnahmen in Art. 125. 168. Verschiedene Ansichten bei Bauer Abh. I. 430 (Schlüter S. 47. n. 4. 11). Leonhardt I. 241. 242. 251. 252. Flößer in v. Bothm. Erört. II, 2. S. 113 f. Zachariä N. Arch. 1850. S. 284. 285. Unrichtig erscheint die Entscheidung in Bair. Strafger. I. 135—137. vgl. dag. IV. 173. V. 56 ff.

9) Breym. S. 200. 201 (wo nur der Versuch der Anstiftung eines Fürsichentschlossenen irrig als intell. Beihilfe bezeichnet ist). Ungenau über diese und die andern neuen Gesetzgebungen sind mehr oder minder Hepp a. a. O., Häberlin I. 54. 55, theilweise auch F. Roßhirt S. 395 f. Goldtammer I. 311. n. 2.

10) s. auch Otto üb. d. Versuch. S. 102.

Zusage seiner physischen Thätigkeit einer (geringeren) Versuchsstrafe. Ebenso das badische §. 122 (der Strafe des nicht beend. Versuchs), so zwar, daß die mißlungene Anstiftung straflos bleibt [1]). Dagegen hat das neue östr. GB. §. 9 sowohl die mißlungene als die gelungene, aber erfolglos gebliebene Anstiftung (sowie die Anstiftung eines alias facturus) als Versuch des Verbrechens bezeichnet [2]). Die vorhin angef. Gbücher von Sachsen, Wirtemb. und Hessen werden verschieden ausgelegt [3]). Man beruft sich auf die Ausdrücke: bewogen hat, Ursache geworden ist, um zu beweisen, daß der Anstifter überall erst bei gelungener und wenigstens einigermaßen objektiv erfolgreich gewordener Anstiftung strafbar zu werden anfange [4]). Allein ganz mit Unrecht; denn diese Ausdrücke schließen die Auffassung der nicht soweit gediehenen Anstiftung als strafbaren Versuchs nicht aus [5]); ja, wenn man sie premiren wollte, dürfte man überall die Anstiftung nicht strafen, außer wenn infolge der gelungenen Anstiftung das Verbrechen wirklich vollendet worden ist [6]). In der That wird denn auch das sächs. GB. anders ausgelegt (im Sinne des §.) [7]), wogegen mit dem hessischen das Umgekehrte stattfindet (jedoch nur hinsichtlich der mißlungenen oder auf einen alias facturus getroffenen, sowie einer gelungenen, aber sofort ganz erfolglos gebliebenen Anstiftung) [8]). Zu läugnen ist nun aber allerdings nicht, daß alle neueren Gesetzgebungen, welche die französische Lehre vom Versuch und dem commencement d'exécution (freilich oft mit dem sichtlichsten Widerstreben, das sich in der Menge der Ausnahmen Luft machte) angenommen haben, der Anwendung der richtigen Grundsätze ein unübersteigliches Hinderniß in den Weg legen [9]). Doch gilt dies keineswegs auch für den Fall, wenn infolge gelungener

1) Thilo S. 146. 147. vgl. Breidenbach I, 2. S. 268. Berner S. 274. 275 Note. F. Roßhirt S. 398—401.

2) Hye S. 266. 267. 334—344. (Der Begriff des untaugl. Versuchs fehlt diesem GB.) s. auch Zürch. GB. §. 50.

3) Das Wirt. GB. soll nach Hepp S. 281—283 (dem F. Roßhirt folgt) die mißlungene Anstiftung außer den Fällen der Art. 169. 176, 2 nie strafen, ebensowenig (wenigstens in der Regel) die Anstiftung eines Fürsichentschlossenen, desgl. die gelungene, aber wegen Sinnesänderung des Thäters erfolglos gewordene Anstiftung (S. 286! 288. 290—292)!! vgl. dag. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74. n. 1. S. 76. n. 1. S. 492 unt. und die Motive, welche in der Anstiftung sogar einen beendigten Versuch sehen.

4) so Hepp a. a. O. F. Roßhirt S. 396. 397.

5) Häberlin I. 54. 55. Nach F. Roßhirts eigenem wiederholtem Anerkenntniß (S. 379. 381 unt. 382. 390. 392) war dies sogar von jeher die commun. opinio! s. auch Temme Krit. d. preuß. Entw. von 1843. S. 102. 104. Goltdammer I. 311.

6) Dies wäre die wahre Konsequenz, zu der es aber bei dem Durcheinander von Vorstellungen und Einbildungen bei Hepp nicht kommt.

7) Weiß S. 180. nr. 6 und die dort angef. Praxis. (Irrig ist nur die Auffassung der Anstiftung eines alias fact. als Beihilfe.) Schwarze in den N. Jahrb. 1844. S. 28—39.

8) Breidenbach I, 2. S. 264—272. 278. 279 (S. 278. n. 3 eifert er jedoch selbst gegen die franz. Jurisprudenz und die Annahme „eines accessorischen Urhebers"!).

9) Wenn die Wirt. Motive die einfache Anstifung beend. Versuch nennen, so ist dies eben ein Zeichen großer Unklarheit. Sie muß, wo das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt, als bloße Vorbereitungshandlung betrachtet werden. Insofern haben denn Marezoll S. 124. n. 3., Luden Hdb. I. 463. n. 5., Weiß, Schwarze a. a. O.

Anstiftung der Thäter wirklich einen an sich strafbaren Versuch gemacht, diesen aber freiwillig wieder aufgegeben hat. Diese Reue kann nicht dem Anstifter zu gut kommen [1]).

4) Der Fall c) hat die Jurisprudenz seit ältester Zeit sehr beschäftigt. Die Italiener sprachen jedoch nicht von dem Fall, wenn der Mandatar anstatt des aufgetragenen Verbrechens ein ganz anderes verübt hat. Unbedenklich ließen sie den mandans wegen dolus haften, wenn der Mandatar ein geringeres Verbrechen als das aufgetragene begieng [2]). Verübte er dagegen ein größeres, so unterschied die communis opinio so: entweder war das mandatum tale, quod in potestate mandatarii erat non excedere, dann wird der praeter intentionem mandantis begangene Exzeß dem Letzteren nur zur culpa (mit einer poena extraord.) aufgerechnet, — oder es war der Art, daß es non erat in potestate mandatarii fines mandati servare, dann haftet der Mandant auch für den Exzeß wegen dolus mit der poena ordinaria [3]). Dabei war freilich theilweise Streit über die Subsumtion der einzelnen Fälle [4]), wobei man sich oft in sehr äußerliche Rücksichten verlor [5]); auch wurden Fälle eingemischt, die zunächst gar nicht hieher gehörten [6]). Jedenfalls sahen sie richtig ein, daß hier lediglich die allgemeinen Grundsätze über dolus und culpa zur Anwendung kommen müssen, wobei sie nur den casus vergaßen [7])

---

u. A. Unrecht, wenn gleich sie richtig einsehen, daß die betr. Gbücher hier großentheils blind in eine Falle gegangen sind. s. N. Rev. S. 547. 548. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 76. n. 1. 2. vgl. III. 86—93. Nach solchen Gbüchern muß aber folgerichtig auch die Anstiftung eines alias fact. straflos bleiben. N. Rev. S. 546. 547.

1) A. M. Hepp a. a. O. (vgl. N. Arch. 1836. S. 48). Goldtammer I. 310. Verwirrt sind die Fragen auch in der Ausführung bei Hufnagel III. 641—644. Kitka S. 43 f. Berner schweigt (s. übr. S. 308—310?) — vgl. dag. Breidenbach I, 2. S. 278. 279. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74. n. 1. F. Roßhirt S. 409. 410. N. Rev. S. 557. 558. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 1. Ueber die Ausnahmen der neueren Gbücher auch für die verpfuschten Fälle s. F. Roßhirt S. 410—412. Der sächs. Entw. Art. 62 erklärt die mißlungene Anstiftung überhaupt für nicht beend. Versuch.

2) Bald. ad l. 25 §. 11 D. de adqu. hered. (29. 2) und ad l. 5 C. de accus. (9. 2) n. 20. Carrer. pract. §. 5. n. 74. Pet. Plaza Ep. crim. I. c. 15. n. 4. Decian. IX. 36. n. 12. Farin. qu. 135. n. 167.

3) Bald. ad. l. 5 C. de accus. (9. 2) n. 29. u. ad l. 12 C. mandati (4. 35). Angel. u. Aug. §. Et Sempr. n. 39. Jaso. cons. II. 188. n. 3. Clar. §. fin. qu. 89. n. 5. Menoch. arb. quaest. II. c. 352. n. 3. J. Ayrer tr. de homic. p. 2. n. 46. Bajard. ad Clar. qu. 89. n. 15. Carrer. §. 5. n. 45. 72 sq. P. Plaz. Epit. I. c. 15. Boss. tr. de homic. T. de mand. n. 10. Decian. IX. 36. n. 5—13. Farin. qu. 135. n. 150—173.

4) z. B. über das mandatum, aliquem sfrisari oder vulnerari. Clar. l. c. Decian. l. c. n. 5. 6. Conrad. pract. r. de mandant. n. 9. Plaz. Epit. I. 12. n. 1. Farin. l. c. n. 155—157. 168. 169.

5) z. B. auf die Beschaffenheit des Instruments (Faust, Stock, Degen, kleineres, größeres Messer rc.) Farin. n. 152—157. 162, — auf die Gegenwart des mandans an Ort und Stelle der Vollziehung, Bajard. ad Clar. qu. 89. n. 16. Decian. IX. 36. n. 13. Farin. n. 165.

6) Wie die Frage über die Verwechslung der Person des zu Ermordenden. Decian. n. 9. Farin. n. 159.

7) bes. auffallend in dem eigens hervorgehobenen Fall, wenn der mit Entführung Beauftragte die Entführte umbringt. Bart. ad l. 40 D. de injur. (47. 10). Carrer. pract. §. 5. n. 73. P. Plaz. Epit. I. 15. n. 20. Bajard. ad Clar. qu. 89. n. 17. Decian. l. c. n. 6. i. f. Farin. n. 158.

und sehr stark der Theorie des dolus indirectus huldigten, übrigens auch mit Recht in dem zweiten der o. a. Hauptfälle auf die ausdrückliche Ausnahme des fraglichen Exzesses Seitens des Mandanten kein Gewicht legten [1]). — An diese Lehre schloß sich denn auch Karpzov vollkommen an, nur noch mit entschiedenerer Geltendmachung des dol. indirectus [2]), und ebenso Böhmer, der nur auch die Zurechnung zur bloßen culpa, resp. zum casus, d. h. der gänzlichen Unverantwortlichkeit des mandans als Möglichkeit heraushob [3]). Natürlich mußte die Entwicklung der Lehre von dolus und culpa auch für diese Lehre vorzüglich bestimmend werden, d. h. sobald man anfieng, der objektiven Natur der Handlung gegenüber den Vorsatz als das Bestimmende zu betrachten, mußte man auch das Hauptgewicht auf den bestimmten Inhalt des Mandats legen, mithin den Anstifter zunächst nur für die nothwendigen oder voraussehbaren Folgen einer in den bestimmten Grenzen des Auftrags stehen gebliebenen Vollziehung verantwortlich machen und ihm außerdem höchstens eine Versuchsstrafe auflegen [4]). Diese Rücksicht zeigt sich auch noch bei den neuesten Schriftstellern, obwohl im Widerspruch mit andern aus der Natur der aufgetragenen Handlung ganz richtig abgeleiteten Bestimmungen [5]). Es ist jedoch in praktischer Hinsicht höchst verkehrt, den Auftrag in der vom Anstifter beliebten Abgrenzung zur Grundlage der Entscheidung zu machen, da er hiemit selbst zum Richter über das Maß seiner Verantwortlichkeit gesetzt, und die beliebigste Verhöhnung des Gesetzes freigegeben wäre [6]). Damit ist jedoch nicht gesagt, daß auf den bestimmten Inhalt der Anstiftung und die beigefügten Limitationen keine Rücksicht zu nehmen sei [7]). Vielmehr muß die rechtliche Beurtheilung des Anstifters hievon stets ihren Ausgang nehmen. Sobald nun aber die Ausführung dem bestimmten Ansinnen nicht entspricht, wäre es eben so thöricht, das vom Anstifter angegebene Programm allein entscheiden zu lassen, als es verkehrt wäre, den einfachen dolosen Urheber bloß nach seinem Vorsatz (§. 59. 73) zu beurtheilen, ja noch viel thörichter, je leichter es dem intellektuellen Urheber ist, die von ihm ganz klar eingesehene objektive Natur der angesonnenen Handlung durch beliebige Modalitäten und Restriktionen zu verschleiern, zweideutig zu machen, auf die Schultern des physischen

1) Die Sache war freilich bestritten. s. das Nähere b. Farinac. qu. 135. n. 171—173. vgl. Gomez de del. c. 3. n. 17. 18. Matth. ad l. 48. t. 5. c. 3. n. 16.

2) qu. 4. n. 17—26.

3) Obs. 1. ad Carpz. qu. 4. Med. ad art. 177. §. 3. vgl. Leyser Sp. 597. med. 19. Lynker c. 2. i. f. Stryk de imput. fact. al. c. 5. n. 20. Quistorp §. 59.

4) Püttmann opusc. n. 1. Kleinschrod I. §. 187. vgl. aber Tittmann I. §. 106. Henke I. 530. 531 (beide letzteren machen den Mandanten auch im letzteren Falle doch auch wegen culpa verantwortlich). Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 145—150 (auffallend inkonsequent). Oberflächlich oder gar nicht berührt ist die Frage bei Grolman §. 33. n. c. Salchow, Wächter, Marezoll, Jarcke I. 226, Abegg S. 114. Martin §. 81. n. 9. 10 (nimmt bloß culpa beim Exzeß an).

5) so bes. bei Kitka S. 10—21. 34—43. Bauer Abh. I. 431. 432. vgl. Oersted Abh. II. 146 f. Stübel Theilnahme S. 82—84. 121. 122. Hélie II. p. 77—79 (und Jousse, Muyart de Vouglans ib. citt.).

6) N. Rev. S. 558—561. vgl. Simoni II. p. 57.

7) wie Legraverend I. p. 137 behauptet.

Agenten zu wälzen und sich selbst in's Trockene zu bringen [1]). Handelt es sich mithin um einen quantitativen Exzeß (wovon zunächst allein die Rede ist), so ist der Anstifter in allen Fällen verantwortlich, und zwar in vollem Maße ebensoweit, als die Ausführung dem Auftrage entspricht [2]). Die Abweichung von seinem Ansinnen kann aber theils darin bestehen, daß der Angestiftete ein geringeres Verbrechen begeht, theils darin, daß er ein größeres Verbrechen (im genus des angesonnenen) oder neben dem angesonnenen noch ein weiteres verübt. Im ersteren Fall liegt die Sache ebenso wie dann, wenn der Angestiftete einen Versuch begeht, davon aber freiwillig wieder absteht [3]). Im zweiten Falle muß die Ausartung der Handlung des Thäters in eine höhere Art der angesonnenen Verbrechensgattung [4]) oder strafbarere Modalität der Begehungsweise [5]), und ebenso die Begehung eines weiteren Delikts, sei es als Mittel zur Verübung des angesonnenen oder als Folge davon, — auch dem Anstifter zum dolus, zur luxuria oder zur culpa zugerechnet, resp. derselbe dafür unverantwortlich gelassen werden, je nachdem er den Exzeß voraussehen mußte, voraussah, voraussehen konnte oder nicht voraussehen konnte [6]). Dabei können denn die vom Anstifter beigefügten Limitationen bald entscheidend sein, bald nicht, — letzteres dann, wenn sie mit der Natur der aufgetragenen Handlung nicht übereinstimmen oder gar in offenem Widerspruch sind. Die Abweichung der That von der Anstiftung kann aber auch eine qualitative sein. Hiebei sind dann zwei Fälle möglich. Die ausgeführte That kann mit der angesonnenen noch in Ein genus fallen oder nicht. Im ersten Fall ist der Anstifter für die ausgeführte That verantwortlich (jedoch nur nach Analogie der im §. 99 angegebenen Grundsätze) [7]), im letzteren nicht, wogegen ihm hier

---

1) Dies erkennt Kitka S. 19—21 sehr richtig, wogegen die Ausführung bei Berner S. 295—303 schwankend u. unvollständig, theilweise sich selbst widersprechend ist. Auch Kitka aber verwirrt sich nachher, S. 36. Note. S. 40—43. s. dag. Tittmann I. §. 106. not. u.

2) Ueber den Verantwortlichkeitsumfang eines unbestimmten Auftrags s. Kitka S. 10—14. (vgl. 49. 50?). Berner S. 295—298.

3) N. Rev. 557. Dieser Fall darf aber nicht, wie allgemein geschieht, mit dem wesentlich verschiedenen verwechselt werden, wenn der Thäter, ohne von dem Willen des Anstifters abweichen zu wollen, bloß das geringere Verbrechen realisirt. Dieser Fall gehört unter die Regel des §. 98. N. Rev. S. 537. 552. 553. Auch Kitka S. 43—45 und Berner S. 301. 302 werfen hier Alles durcheinander. s. dag. Tittmann I. §. 106. zu not. w. (der sich übrigens sehr unklar ausdrückt!).

4) Raub statt Diebstahl, — Tödtung statt Verwundung rc.

5) Gefährlicher Diebstahl statt gemeinen Diebstahls rc.

6) s. N. Rev. S. 558—561 und hiernach (ohne jedoch die N. Rev. zu nennen) F. Roßhirt N. Arch. 1851. S. 547—553. vgl. Heffter §. 83. n. 5. Theilweise, aber weder bestimmt, noch vollständig und mit Irrthum vermischt, findet sich die richtige Entscheidung (von den Aelteren abgesehen s. o.) auch bei Tittmann I. §. 106. Stübel Theilnahme S. 83. 84. Kitka S. 40—43 (N. Arch. 1835. S. 584 f.) Berner S. 302. 303. 310. 311 (wogegen S. 301 ganz Falsches gelehrt wird). Mittermaier n. 9. z. F. §. 46. Otto üb. d. Versuch S. 100 (?).

7) Eine scharfsinnige, aber unjuristische Gesichtspunkte herbeiziehende Ausführung hierüber s. bei Kitka S. 34—40. s. dag. Berner S. 298—302, wo jedoch die praktische Entscheidung nicht ganz richtig — und die theoretische Verbesserung aus Feuerbach (Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 145 f.) genommen ist. Unberührt bleibt die Frage bei F. Roßhirt a. a. O. s. dag. Stübel Theilnahme S. 83. 84. 121. 122, wo nur der im Text angegebene Unterschied nicht genügend beachtet ist.

ein untauglicher Versuch des angesonnenen Verbrechens aufzurechnen ist [1]).

5) Die neueren Gesetzgebungen sind auch in dieser Frage der Spiegel der zwischen Wahrheit und Irrthum schwankenden Doktrin. Der Cod. Max. z. B. unterscheidet nur zwischen casus und dolus, ohne der culpa zu gedenken, die sich noch im dolus indir. absorbirt [2]). Die übrigen Gbücher des vor. Jahrhunderts berühren die Frage nicht. Dagegen wurde sie seit dem bair. GB. Gegenstand besonderer legislativer Fürsorge. Auch hat dieses GB. das Verdienst, die Fälle des Exzesses (Art. 47. 48) unterschieden zu haben, wenn gleich nicht vollständig; noch weniger war die Entscheidung überall zu billigen [3]). Seit es nun Mode wurde, auf die — doch immer aus wissenschaftlichem Sinne hervorgegangene — s.g. Kasuistik des bair. GBs. herabzusehen, kam man, da man ebenso große Abneigung gegen prinzipielle Lösungen hatte, auf den unglücklichen Ausweg, nach Belieben den einen oder den andern Fall herauszugreifen und glücklich oder unglücklich zu entscheiden, indem man die übrigen „der Doktrin und Praxis überließ.“ So im sächs. GB. Art. 36, im wirt. Art. 76, im hannövr. Art. 54. 55, im thüring. Art. 34 [4]). Das badische GB. §. 121 greift gleichfalls nur den Fall des herbeigeführten schwereren Erfolgs auf und beantwortet bloß die Frage nach der kulposen Verantwortlichkeit des Anstifters. Am richtigsten lassen das hess. und braunschw. GB. die sämmtlichen Fragen ganz der Anwendung der allgemeinen Grundsätze über dolus, culpa und casus über, wobei jedoch zu bemerken ist, daß beim hessischen der allgemeine Standpunkt in der Versuchsfrage Modifikationen der richtigen Konsequenzen nöthig macht [5]). Ebenso verhält es sich mit dem preuß. und dem östr. GB., sofern ihre Bestimmungen nur als für die Fälle des §. 98 gegeben erscheinen, dem vorliegenden also nicht präjudiziren [6]).

---

1) N. Rev. S. 559.

2) l. c. 12 §. 5. mit den Anm., die sich auf Stryk, Leyser, Böhmer berufen, aber wesentlich ganz auf Karpzovs Standpunkt stehen.

3) Die 2 Fälle des Art. 47 stehen in schreiendem Mißverhältniß; der Fall 1. ist so vag als möglich gefaßt. Bei der qualitativen Ueberschreitung (Art. 48, 1) ist das punctum saliens nicht getroffen, sondern ein unpassendes Kriterium untergeschoben, bei Art. 48, 2. 3 — wie überhaupt — viel zu viel Rücksicht auf das Belieben des Anstifters genommen, und der Versuchsbegriff ungeschickt angewandt. — Uebrigens ist weder der Tadel von Kitka, noch die Rechtfertigung von Berner treffend, wohl aber das, was Arnold N. Arch. 1844. S. 190—195 sagt.

4) Diese sprechen nur von der Zurechnung der nicht aufgetragenen Mittel und Erfolge, — nur das hannövr. berührt auch den qualitativen Exzeß. In Beziehung auf jene erste Frage stellen das sächs. u. hannövr. GB. (Art. 54) unstatthafte Präsumtionen auf, wobei sie, wie die beiden andern, die culpa ignoriren, die doch im hannövr. Art. 55 richtig erwähnt ist, — das wirtemb. jedoch nur so, daß die Zurechnung zur culpa außer dem Fall d. Art. 76 nicht abgeschnitten ist. (s. dag. Schlüter S. 48. n. 12. 13. vgl. mit Bauer Anm. I. 476 und Leonhardt I. 245—250). F. Roßhirt a. a. O. S. 550—553. Zugleich legen diese Gesetzgebungen auf die Limitationen des Anstifters zu viel Gewicht. Die übergangenen Fälle (qualit. Exzeß und Begehung eines größeren oder eines geringeren Verbrechens) werden von Hufnagel StrfGB. mit Anm. S. 75 (nach Kitka) unrichtig entschieden. Breidenbach I, 2. S. 295.

5) Breidenbach I, 2. S. 288—295. Breym. S. 203. s. auch d. neuen sächs. Entw. Art. 62. — vgl. noch Abegg Krit. d. Wirt. Entw. S. 41. 42. Krug Studien I. 72. Schlüter Beitr. S. 35.

6) Beseler S. 157. Goldtammer I. 313—315 (unklar und höchst will-

6) Neuerdings wurde noch besonders die Frage ausgehoben, welchen Einfluß der Ablauf der Zeit auf die Strafbarkeit des Anstifters habe? Sie theilt sich in die 2 weiteren: a) ob überhaupt der Anstifter, wenn er das Ansinnen nicht zurückgenommen hat, sich mit dem Ablauf einer längeren Zeit entschuldigen könne [1]? b) ob beim Ablauf einer gewissen Zeit zwischen Anstiftung und Ausführung dem Anstifter die Verjährung zu gut kommen könne, während sie für den Thäter noch nicht vollendet sei? Die erstere Frage ist, soweit sie nicht durch die Beantwortung der letzteren modifizirt wird, zu verneinen, selbst für den Fall, wo zur Ausführung eine bestimmte Zeit festgesetzt war, da auch nach fruchtlosem Ablauf dieses Moments für den Anstifter mindestens noch eine Verantwortlichkeit wegen culpa übrig bleiben kann, und eine stillschweigende revocatio mandati überall nicht anzunehmen ist [2]. Die zweite Frage ist sehr bestritten. Von dem Standpunkte der Ansicht aus, welche den Anstifter überall erst dann verantwortlich macht, wenn infolge gelungener Anstiftung der physische Agent in's Gebiet des Versuchs vorgerückt ist, erscheint es nun freilich als konsequent, die Thätigkeit des Anstifters auch hinsichtlich der Verjährung als bloß accessorisch zu betrachten. Nur freilich steht diese Auffassung in bedenklichem Widerspruche mit dem meist auch von den Anhängern dieser falschen Ansicht anerkannten selbständigen Verhältnisse des Anstifters (im Gegensatze gegen den Gehilfen) f. §. 99 [3]. Auch hievon abgesehen aber, läßt jene Ansicht, wie es bei ihrer abstrakten Oberflächlichkeit nicht anders möglich ist, für zwei Fälle ihre Anhänger im Stich, — nämlich für den Fall der Anstiftung eines Selbstentschlossenen und für den Fall, wo der Thäter einen Versuch verübt, aber freiwillig wieder aufgegeben hat. Im ersteren kann man sich zur Noth mit der weiteren Unrichtigkeit hinaushelfen, daß man den Versuch in Beihilfe verwandelt (für die man ja ohnedies den Satz: accessorium sequitur suum principale bestmöglich ausbeutet) [4]. Im letzteren dagegen sitzt man offenbar zwischen zwei Stühlen nieder. Denn entweder behandelt man den Anstifter bezüglich der Verjährung auch hier als accessorium, — dann widerspricht man der zugleich zugegebenen selbständigen Stellung desselben, abgesehen davon,

---

führlich, weil er den Unterschied zwischen §. 98 u. 100 verkennt). Temme Glossen. S. 103 (trivial). Hye S. 260—263. (Beim östr. GB. treten wegen der relativen Beibehaltung des dolus indir. und der eigenthümlichen Behandlung der culpa besondere Modifikationen ein.) Falsch ist der Satz des bair. Entw. Art. 44. vgl. noch Wadtländ. GB. Art. 42 u. Erachten f. Meklenb. S. 132 (gut).

1) Schon die Italiener erörterten diese Frage und die comm. opinio entschied sie richtig. Farin. qu. 135. n. 185. vgl. qu. 129. n. 68. vgl. übr. Tittmann §. 106. n. x. und Menken ib. cit.

2) Stübel Theilnahme S. 115. Kitka S. 49. Berner S. 304. 305. A. M. Abegg N. Arch. 1841. S. 381—400 und Hufnagel II. 897. f. dag. Breidenbach I, 2. S. 279—283. Da indessen Kitka, Berner und Breidenbach beim Mandatsexzesse den Anstifter zum Theil außer Verantwortlichkeit stellen, so hätten sie die Frage nicht so unbedingt entscheiden sollen.

3) Dieser Vorwurf trifft Berner in vollem Maße, — in geringerem aber (und zwar nach entgegengesetzter Richtung hin) Kitka, Breidenbach, F. Roßhirt.

4) so Breidenbach S. 234. 235. 358 (vgl. S. 250. S. 2!). Kitka S. 57—59. Noch bequemer hat man es, wenn man die Anstiftung eines Selbstentschlossenen mit Hepp für straflos, resp. mit Berner für volle Anstiftung hält. vgl. Hufnagel StrafGB. mit Anm. S. 71. n. 1. S. 492 unten. Der offene Widerspruch findet sich bei Hye (vgl. Oestr. GB. §. 9) S. 267. j. S. 268.

daß betr. Falls für den Thäter, wenn er straflos bleiben muß (er kann freilich auch für ein delictum sui generis verantwortlich werden), gar keine Verjährung möglich ist [1]); — oder man erkennt eben aus der unläugbaren Natur der Sache heraus an, daß von einer accessorischen Qualität des Anstifters hier durchaus nicht die Rede sein könne, — dann muß man folgerichtig auch hinsichtlich der Verjährung hier den Anstifter selbständig stellen [2]). Soll die Beantwortung auch dieser Frage nicht in Willkühr ausarten, so muß auch hier die Grunddifferenz der Fälle in §. 98 und 100 festgehalten [3]), d. h. Anstifter und Thäter auch hinsichtlich der Verjährung gleichgestellt werden, wenn sie identisch erscheinen (bei gelungener und im Sinn des Anstifters erfolgreich gewordener Anstiftung), dagegen selbständig behandelt, wo wegen ganz oder relativ aufgelöster Willenseinheit beide auch hinsichtlich der Strafbarkeit einer selbständigen Beurtheilung unterliegen [4]). — Die neueren Gesetzgebungen lassen die ganze Sache auf sich beruhen [5]).

§. 101.

Die durch Anstiftung geschaffene Willenseinheit kann aber auch dadurch wieder aufgehoben werden, daß der Anstifter selbst seinen Willen zurücknimmt. Es treten hier die Grundsätze über die Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs ein (s. §. 84. Anm. 3). Da aber das freiwillige Abstehen nicht auch für denjenigen rechtsverletzenden Erfolg straflos macht, welcher nicht mehr aufgehoben werden kann, so ergiebt sich, daß der Anstifter, der nur seine Sinnesänderung erklärt, aber dadurch nicht das Unterbleiben des Verbrechens bewirkt hat, stets wenigstens noch (gleich dem Anstifter eines alias facturus) wegen Versuchs verantwortlich bleibt. Straflos wird er dagegen, wenn er das Verbrechen wirklich verhindert oder die Staatsgewalt zu einer Zeit, wo dasselbe noch verhindert werden konnte, von der Unternehmung in Kenntniß gesetzt hat. N. Rev. §. 148.

1) Diese Frage beschäftigte schon die italienische Jurisprudenz, die jedoch hier, wie sonst, prinzipielle Sicherheit vermissen läßt. Gerade die Hauptfrage

---

1) Zu diesem Widerspruch werden Hepp u. A. getrieben. s. z. B. die bei Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 74. n. 1 angef. Ansichten, die aber nach Ges. 13. Aug. 1849, Art. 14, 1 als irrig erscheinen. Hye S. 267. 268. Kitka und Berner berühren den Fall nicht.

2) so nach Breidenbach I, 2. S. 278. 279. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 409. 410.

3) Diese Distinktion fehlt bei Stübel Theilnahme S. 115.

4) Die Anstiftung verjährt hiernach selbständig in allen Fällen, wo sie unter den Begriff des untauglichen Versuchs fällt. Wo dagegen Anstifter und Thäter auch nur theilweise identisch erscheinen, da muß die Verjährung der Anstiftung mit der Verjährung der That Hand in Hand gehen, und zwar auch hinsichtlich des dem Anstifter zum dolus, zur luxuria oder culpa zurechenbaren Exzesses des Thäters, da diese Schuld nicht von der Hauptschuld getrennt werden kann.

5) Dabei muß denn nach dem in Anm. 3 Ausgef. die Auslegung in mancherlei Verlegenheiten gerathen. Leicht macht es sich Goldtammer I. 312, obgleich er in andern Fragen an dem accessorischen Charakter der Anstiftung nicht so streng festhält.

nämlich, ob die revocatio mandati entschuldige, wenn das Verbrechen gleichwohl zur Ausführung kam, wurde verschieden beantwortet 1), wenn auch allerdings die bedeutendsten Auktoritäten für die richtige Entscheidung waren, daß dann immer noch eine poena extraord. anzusetzen sei 2). Die genauere Begründung ist freilich zu vermissen. Dagegen wurde die Frage lebhaft behandelt, ob auch eine stillschweigende revocatio mandati anzuerkennen sei, z. B. wegen Versöhnung des Anstifters mit dem Bedrohten, wegen ausgebrochener Feindschaft zwischen mandans und mandatarius, wegen Todes des mandans, wegen Verflusses eines längeren Zeitraums ꝛc. Die Frage wurde zwar bejaht, aber von der commun. opinio doch wieder so limitirt, daß es als Regel stehen blieb, der mandans müsse die Zurücknahme dem Mandatar ausdrücklich erklärt haben, falls sich nicht beweisen lasse, daß letzterer die eingetretene Veränderung gekannt und ex nova superveniente causa gehandelt habe 3). Außerdem wurde noch ohne Noth darüber gestritten, ob der mandans neben der Erklärung gegen den Mandatar auch den Bedrohten zu warnen habe 4)? Eine besondere Ausnahme machte man beim assassinium 5). — Die ältere deutsche Doktrin hat die Frage auf auffallende Weise vernachläßigt. Aber auch die spätere ist zunächst nicht über die Italiener hinausgekommen 6). Eher zurück. So läßt Kleinschrod den Anstifter selbst bei wirksam gewordener Zurücknahme der Anstiftung noch als Verführer strafbar bleiben, wenn auch geringer, als im Fall der doch erfolgten Ausführung 7), wogegen Andere annehmen, daß durch bloße ausdrücklich erklärte Zurücknahme des Mandats Straflosigkeit bewirkt werden könne 8); die Bestimmung des Reats des Anstifters in beiden Fällen bleibt bei ihm noch gänzlich vag (größere oder geringere Strafmilderung) 9). Andere brachten dagegen den Begriff der culpa 10)

---

1) s. Farin. qu. 135. n. 187. 188.

2) August. ad Ang. §. et Sempron. n. 15. 46. Carrer. §. 5. n. 7. Boss. rubr. de mand. n. 13. Menoch. arb. qu. II. c. 352. n. 8. Decian. IX. 36. n. 32. J. Ayrer de homic. p. II. n. 48. Bajard. ad Clar. §. 1. n. 17.

3) Decian. IX. 36. n. 25. 33. 35. Farin. qu. 135. n. 175—177. 180. 181. 185. vgl. qu. 129. n. 90. 91. und die dort Citt.

4) Angel. l. c. n. 15. Gomez de del. c. 3. rubr. de homic. n. 40. Conrad. pract. rubr. de mand. n. 6. Decian. IX. 36. n. 32. Farin. qu. 129. n. 92. qu. 135. n. 178. 179. vgl. Carrer. §. 5. n. 78. Plaz. Epit. I. 15. n. 7.

5) Farin. qu. 123. n. 82 sq. qu. 135. n. 186.

6) s. z. B. Stryk de mand. del. S. 1. n. 48. Engau Elem. §. 24.

7) Syst. Entw. I. §. 188. Richtig verwirft er in §. 189 die stillschweigende Zurücknahme (vgl. Tittmann I. §. 106 not. x.!); dagegen hängt er noch, wie Stryk S. 1. n. 49., die vorliegende Frage kritiklos an die völlig verschiedene, ob das Mandat strafbar sei, wenn der ausersehene Mandatar den Auftrag zurückgewiesen, nachher aber doch ausgeführt habe. s. dag. schon Decian. IX. 36. n. 24. Carrer. §. 5. n. 47. 77. 78. Farin. qu. 135. n. 20—24. (s. übr. auch qu. 123. n. 128 sq.). s. übr. auch wieder Luden Hdb. I. 466—468.

8) Henke I. 269. Stübel Theilnahme S. 121. n. 83. Zachariä Versuch. II. S. 265. 266. Kitka S. 7. 8. Berner S. 304. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 405.

9) In seinem Entwurfe ergriff Kleinschrod richtig den Gesichtspunkt des Versuchs. Dagegen kehren neuere Schriftsteller wieder auf den älteren Standpunkt Kleinschrods zurück! s. z. B. Zachariä a. a. O. S. 267. F. Roßhirt N. Arch. a. a. O. S. 407.

10) Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 144.

oder den des Versuchs [1]) oder beide zusammen [2]) in Anwendung. Aus der Natur der Sache heraus kann jedoch nicht anders entschieden werden, als im §. [3]).

2) So wenig als die P.G.O. haben auch spätere Gesetzgebungen von der vorliegenden Frage selbständig Notiz genommen, was jedoch ihre Beantwortung nach den allgemeinen Grundsätzen über den Versuch nicht hinderte [4]). Von den neueren Gesetzgebungen halten es einige ebenso [5]). Andere enthalten die im §. aufgestellten Grundsätze wenigstens beim Komplott, von welchen aus unbedenklich ein Schluß auf die vorliegende Frage gemacht werden darf [6]). Einige enthalten sie direkt [7]). Den über die gänzliche Straflosigkeit mit Ausschluß des andern hat das hess. GB. Art. 72 aufgenommen [8]). Dagegen thut das bad. GB. des Guten zuviel, indem es selbst im Fall der Ausführung des Verbrechens den Anstifter auch ohne Anzeige an die Obrigkeit straflos läßt [9]). Aus dem östr. GB. §. 8. 9 läßt sich mit Sicherheit nur die Straflosigkeit der zurückgenommenen Anstiftung für den Fall der unterbliebenen Ausführung des Verbrechens ableiten [10]).

3) Von selbst versteht sich, daß eine verspätete Zurücknahme der Anstiftung den im §. angegebenen Erfolg nicht mehr haben kann. Es wird aber unter Umständen [11]) die Strafbarkeit des Anstifters dadurch vermindert werden.

c) Miturheberschaft.

§. 102.

Die dem Begriff der Freiheit vollkommen angemessene Form erreicht das Zusammenwirken erst in der Miturheberschaft

1) Hepp N. Arch. 1836. S. 45—47. 53—55.

2) Tittmann I. §. 106. Stübel Theilnahme S. 121. Hufnagel I. 159. StrafGB. m. Anm. S. 75. n. 1.

3) Bauer Abh. I. 361. 364. 431. Sehr vag ist Hélie II. 77. Gänzlich unklar Ziegler S. 22. n. 1. Unbestimmt Heffter §. 83. n. 5. Oberflächlich Mittermaier n. 5. z. F. §. 46. Theilweise richtig Otto üb. d. Versuch. S. 99—101.

4) P.G.O. Art. 178. C. Max. I, 12. §. 3. j. Anm. b). Theres. art. 13. §. 5. 6. Preuß. LR. II, 20. §. 43. 60.

5) so das sächsische, thüringische, preußische. vgl. Beseler S. 157 (ungenügend). Goldtammer I. 310 hält die einfache Revokation für hinreichend (?). s. aber S. 323!

6) Bair. GB. Art. 53 (Beihilfe statt Versuchs). Hannövr. Art. 61. Leonhardt I. 252.

7) Wirt. GB. Art. 77. s. aber jetzt Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 2, wo die Bedingungen der Straflosigkeit übermäßig erweitert sind. Braunschw. GB. §. 51. 69, 2. 3. Neuer sächs. Entwurf Art. 62. vgl. Zürch. GB. §. 50 j. 46, 2.

8) Breidenbach I, 2. S. 273—275.

9) §. 123. 124. vgl. Thilo S. 147. 148. F. Roßhirt N. Arch. 1852. S. 406—409 (die Bestimmung in §. 123, 2. u. §. 124 a. E., welche perfiden Denunziationen vorbeugen soll, ist sehr empfehlenswerth). Der bair. Entw. Art. 45 spricht den Anstifter frei, wenn er die Ausführung verhindert hat. Zu mild ist auch das wadtl. GB. Art. 49.

10) Hye S. 263—265 nimmt andernfalls höchstens culpa an (?). Derselbe erkennt zugleich eine tacita revocatio mandati an und zieht sehr willkührlich auch die Anzeige an die Obrigkeit mit herein. vgl. noch Erachten f. Meklenb. S. 131. 132 (gut).

11) Stübel Theilnahme S. 85. 120. 121. n. 82. Kitka S. 8—10. vgl. Kleinschrod I. §. 189. Tittmann I. §. 106. not. y. Berner S. 304. Hye S. 266. Note.

(§. 89). Dieselbe unterscheidet sich von den bisher erörterten Formen der Theilnahme wesentlich dadurch, daß das Moment des Bestimmens und des Bestimmtseins nicht mehr ungleich vertheilt, sondern bei allen Theilnehmern wechselseitig im Verhältniß des Gleichgewichts gesetzt ist. Daher hebt sich in den Begriff der Miturheberschaft sowohl der Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe, wie der zwischen physischer und intellektueller Urheberschaft auf. Die rechtliche Folge davon ist aber, daß die Einheit der Absicht auch die Einheit der That bedingt, woraus sich als Regel die solidarische Verantwortlichkeit der Miturheber ergiebt. Das Verhältniß der Miturheberschaft (welchem andre Formen der Theilnahme ganz wohl zur Seite gehen können) wird begründet 1) unmittelbar als Folge des Zufalls, der verschiedene Träger einer gleichen Absicht zu gemeinschaftlichem Wirken zusammenführt, — zufällige Miturheberschaft, — 2) infolge einer ausdrücklichen Willenseinigung, — Komplott; beide Formen gehen 3) relativ in Eins zusammen in dem Begriff der Bande. — N. Rev. §. 143. 144.

1) Zufällige Miturheberschaft.

§. 103.

Es können Mehrere, ohne intellektuell auf einander eingewirkt zu haben, sich zufällig als Theilnehmer an demselben Verbrechen zusammenfinden. Sollen sie nun als Miturheber desselben erscheinen, so ist erforderlich: a) daß jeder die Eigenschaft eines Urhebers mitgebracht habe, b) daß jeder in den Mithandelnden die gleiche Eigenschaft anerkenne, und c) alle zusammen eben in dieser gegenseitigen Erkenntniß der gleichen in Handlung ausbrechenden Absicht ihre physische Thätigkeit so einrichten, daß sie als Glied der Gesammtthätigkeit gemäß dem Einen, wenn auch nicht ausgesprochenen und organisirten Willen erscheint. Die Folge davon ist, daß nichts darauf ankommt, wie viel oder wenig der Einzelne für den Erfolg physisch beigetragen hat, vielmehr jeder für diesen verantwortlich ist, falls nur überall seine Thätigkeit mit unter den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs lag, — wogegen ihm mindestens Versuch zuzurechnen ist, wenn sein Akt dem Eintritt des Erfolgs erst nachfolgte. N. Rev. §. 149.

1) Bei Aelteren und Neueren fehlt es vielfach von vornherein an der Möglichkeit einer richtigen Auffassung dieses Verhältnisses, weil unter der Herrschaft des abstrakten Prinzips der objektiven Kausalität der spezifische Begriff eines physischen Miturhebers im Gegensatze gegen einen bloßen Gehilfen (Haupt- oder Nebengehilfen) gar nicht hervortreten, mithin auch die ganze im §. dargestellte

Folgerung aus der Einheit der Absicht auf die Einheit der objektiven Gesammtthätigkeit gar nicht einmal versucht werden konnte [1]). Eben dieser Mangel hatte aber auch die größte Willkühr in der Entscheidung der hier fraglichen Fälle zur Folge. Schon die italienische Jurisprudenz stellte einerseits den Satz auf, daß, wenn mehrere in ipso actu delicti zusammenwirken, auch die bloß ein auxilium cooperativum (causam dans, proximum etc.) Leistenden mit der poena ordinaria zu belegen seien; andererseits faßte sie den Fall des zufälligen Zusammenhandelns Mehrerer ohne Komplott auf und ließ hier jeden zunächst nur für seine besondere Thätigkeit haften, ohne jedoch bei dem minder Wirksamen die Strafe der Beihilfe zu dem schwereren Erfolge auszuschließen [2]). Es konnte hiernach ein bloßer Gehilfe schlimmer wegkommen, als ein Miturheber. Jenem wurde seine Thätigkeit nach ihrem ursächlichen Einfluß auf den Haupterfolg abgemessen, diesem dagegen zunächst isolirt zugerechnet [3]). Dasselbe Verhältniß kehrt aber ebenso in der älteren deutschen Doktrin wieder [4]), wenn gleich sowohl bei der Beihilfe in ipso actu, als in dem andern Fall es an sehr verschiedenen Modifikationen der Grundansicht nicht fehlte [5]). Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß bei dem Fall des zufälligen Zusammenhandelns gewöhnlich nur der Fall der rixa in's Auge gefaßt wurde, wobei man eben von vornherein keine allen Theilnehmern gemeinschaftliche Absicht annahm [6]), daß mithin eigentlich der ganze Fall des §en gar nicht in seiner Eigenthümlichkeit zur Auffassung kam. — Seit man nun die Lehre von der objektiven Kausalität zur abstrakten Norm prinzipiell zu erheben suchte, mußte sich der Unterschied zwischen in ipso actu zusammenwirkenden Urhebern und Gehilfen im Wesentlichen ganz in den einfachen quantitativen Unterschied von concursus plenus und minus plenus (Haupt- und Nebentheilnahme) auflösen, mochte man nun übrigens den einzelnen Theilnehmern diesen oder jenen Namen (Urheber, Miturheber, Hauptgehilfe, Gehilfe ꝛc.) geben [7]). Geschah dies aber, so durfte man nicht den Fall des zufälligen gleichzeitigen Zusammenwirkens Mehrerer wieder als einen besondern hervorheben und — gleichviel ob die Theilnehmer in dolo

---

1) s. §. 93. Anm. 1. N. Rev. S. 572—576.

2) s. die Liter. b. Farin. qu. 96. n. 28—30. 65—69. vgl. Damhouder c. 76. n. 24—27. u. c. 133. n. 3. 7.

3) Indessen fehlte es schon damals nicht an solchen, welche auch außer dem Falle des Komplotts bei Gleichheit der Absicht Gesammtverantwortlichkeit für den Erfolg behaupteten. Ghirland. de relax. carc. rubr. de abs. innoc. qu. 5. n. 2. Menoch. arb. qu. II. c. 362. n. 7. 15. Salyc. ad l. 6 C. ad l. Jul. de vi (9. 12).

4) Hier kam zu der regelmäßig (freilich mit Unrecht) auf den Fall des dolosen Zusammenhandelns angewandten l. 17 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8) noch überdies der Art. 148 der P.G.O.

5) s. z. B. Carpzov qu. 25. n. 19 sq. j. qu. 87. n. 29—33. Kress ad art. 148. p. 510. 511. ad art. 177. p. 646. 647. Berger Electa I. p. 10. 11. 108. Böhmer Med. ad art. 148. §. 2. ad art. 177. §. 8.

6) Ja wohl überhaupt keinen vollen dolus im strengsten Sinn, wiewohl darüber Streit war. vgl. Farin. qu. 96. n. 67—69. Menoch. II. c. 362. n. 4. Carpzov qu. 25. n. 20. 22. 23.

7) s. bes. Oersted Grundregeln §. 27. vgl. Quistorp §. 55 (§. 54 not. a.?). Kleinschrod I. §. 181. 198. Stübel Thatbestand §. 29 ff. Eisenhart de vera crim. soc. not. §. 28. Schmidt de concursu ad del. al. G. J. F. Meister princ. §. 42. 51. Grolman §. 34. Tittmann I. §. 103. not. t. §. 104. Jarcke I. §. 36.

oder in culpa waren, — unter die Regel der l. 17 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8) stellen, vollends nicht, wenn man den Miturheber als in concreto unentbehrliche Ursache definirte [1]). Uebrigens näherten sich Mehrere, welche im Ganzen von jenem falschen Standpunkte ausgehen, der richtigen Ansicht [2]). Prinzipiell begründet konnte diese jedoch erst werden mit dem entschiedenen Aufgeben jenes Grundsatzes [3]). Gleichwohl sind die Konsequenzen nicht sogleich von allen Vertheidigern der richtigen Ansicht richtig gezogen worden [4]).

2) Indessen ist der Fall nicht mit andern zu verwechseln, namentlich nicht mit dem Fall eines zufälligen gleichzeitigen Handelns mehrerer in culpa Befindlichen [5]), — oder mehrerer in eodem dolo Befindlichen, die aber ohne Kenntniß von einander handeln, sich daher nicht wissentlich in die Hände arbeiten und eben darum auch kein Band der Willenseinheit herstellen können, worauf allein die spezifische rechtliche Natur des vorliegenden Falls beruht [6]), — oder mehrerer in ganz verschiedenem (auch nicht einmal relativ identischem) dolus Befindlichen [7]). Nur die Unklarheit in der gehörigen Sonderung dieser Fälle kann die Gesetzgebung und Praxis für den vorliegenden Fall blind machen. Insbesondere aber ist noch dies wohl in's Auge zu fassen, daß in dem vorliegenden Fall neben den in gleichem dolus Befindlichen auch Andere mitthätig werden können, welche diese Absicht keineswegs, sondern eine andere oder, wenn ähnliche, doch auf einen geringeren Erfolg gerichtete haben. Auf solche ist aber selbstverständlich das im §. aufgestellte Prinzip nicht anzuwenden, vielmehr müssen solche isolirt beurtheilt werden [8]). Ebenso ist wohl zu bemerken, daß im Fall des §. das vollendete Verbrechen nur denjenigen zugerechnet werden kann, deren Thätigkeit unter den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs lag, mithin bloß Versuch anzunehmen ist, wenn ein Theilnehmer vor der Vollendung zurücktrat oder seinen Akt erst nach geschehener Vollendung anbrachte [9]). Endlich aber ist die Bestimmung des §en nur auf Theilnehmer in prämeditirtem dolus anzuwenden, da Affekt und vollends luxuria die

---

1) s. Martin §. 75. 79. 80. Freilich scheint es Martin mit der in concr. unentbehrlichen Ursache sehr wenig genau zu nehmen und deshalb praktisch im vorliegenden Falle eher manchen Miturheber zum Gehilfen zu machen, statt daß er gerade das Gegentheil thun sollte. §. 79. n. 11—14. vgl. Roßhirt Lb. §. 34. Marezoll S. 125. n. 2.

2) so bes. Feuerbach §. 46. n. 2. vgl. Salchow Darstellung I. §. 44 f. 117. 118 (noch sehr unbestimmt), und neustens Luden Hdb. I. S. 476—478. vgl. S. 442. 443. s. auch schon Westphal de consortib. b. Berner S. 364, der sich jedoch ganz an die l. 17 D. cit. hält.

3) N. Rev. S. 574. 575. vgl. Berner S. 349—352.

4) so namentlich nicht von Henke I. S. 275. n. 19—21. Bauer ignorirt den Fall. s. dag. Wächter I. §. 89. n. 82—84. Heffter §. 78. n. 2. (?) §. 83. n. 1—3. (vgl. jed. N. Rev. S. 575. 576) §. 86. n. 1 (ungenau).

5) Richtig ist der von Berner S. 353 der N. Rev. gemachte Vorwurf.

6) Anklänge des Richtigen s. schon b. Quistorp §. 54. not. a. Tittmann I. §. 103. not. t. vgl. Luden Hdb. I. 442. not. 1.

7) vgl. Martin §. 79. n. 5—8, der jedoch absolute Identität verlangt. Schröter §. 129, der die Fälle gar nicht sondert.

8) Berner S. 348. vgl. Meine Schrift: Auerswald u. Lichnowsky S. 92 f.

9) N. Rev. S. 576. Berner S. 355. 388. 389 (?). Luden a. a. O., der überhaupt hier in Schwebe zwischen zwei Prinzipien ist, erkennt dies nicht an. vgl. jedoch S. 476. n. 2.

Möglichkeit derjenigen Willenseinheit ausschließen, welche allein erlaubt, die physische Thätigkeit der Einzelnen als Eine Gesammtthätigkeit aufzufassen [1]).

3) Die Gesetze sind in Beziehung auf den fraglichen Fall sehr mager. Sehr irrig hat man seit jeher darauf die l. 17 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8) angewandt [2]); ebenso irrig aber den Art. 148 der P.G.O., soweit er von Raufhändeln handelt [3]). Die neueren Gesetzgebungen spiegeln auch hier die Zerfahrenheit der Theorie nur zu sichtlich ab. Die meisten, mit Ausnahme des preuß. LRs. §. 64, kennen zwischen Komplott und Raufhandel kein Drittes und vernachlässigen daher den Fall ganz und gar [4]). Nur das sächs., braunschw. und thüring. GB. machen eine richtige Entscheidung desselben dadurch möglich, daß sie den spezifischen Begriff des Komplotts über Bord werfen und bei sog gleichen Theilnehmern die stillschweigende Uebereinkunft der ausdrücklichen gleichstellen [5]). Dabei sondern die beiden leztgenannten noch richtig den Fall eines gleichzeitigen Handelns ohne Möglichkeit eines stillschweigenden Einverständnisses ausdrücklich ab [6]). Auch nach dem wirt. und hess. GB. kann eine theilweise richtige Entscheidung zur Noth durch die Annahme eines stillschweigenden Komplotts ermöglicht werden [7]), wogegen jedoch andere großen Bedenken (s. u.) obwalten. Es wäre sehr am Platz, solchen Mißständen abzuhelfen [8]).

2) Komplott.

§. 104.

Die rechtliche Konsequenz, welche im Fall des §. 103 der Zufall für die gleichzeitig bewußt Zusammenhandelnden herbeiführt, tritt nicht nur unvorhergesehen und erst aus dem Aeußeren (ex re) entnehmbar, sondern als vorher gewußt und gewollt (ex proposito),

1) s. schon Rupr. v. Freis. c. 5. 6. (Maurer). August. ad Ang. §. Et Andream n. 23. Matth. ad l. 48, t. 5. c. 3. n. 20. Böhmer. ad art. 148. §. 1. Der Art. 148 der PGO. hat hier seit 300 Jahren die Ansichten unauflöslich verwirrt. Indessen waren mehrfach die Aelteren hier von einem richtigeren Instinkt geleitet, als Neuere. s. N. Rev. S. 564—572. Klein Grunds. §. 141. Roßhirt Entw. S. 271—275. Eine Ahnung des Richtigen s. bei Ziegler S. 78—93. Dagegen eine ganz naturwidrige, wenn auch hie und da scharfsinnige Auffassung bei Berner S. 356—392. Das praktisch Richtige, aber ohne Angabe des wahren Grunds, s. jetzt auch bei Luden Hdb. I. 443. not. 4. Anklänge bei v. Jagemann N. Arch. 1851. S. 348—351 (unsicher).

2) s. dag. Wächter I. §. 89. n. 82. Jarcke in Hitzigs Zeitschr. VI. S. 363 ff.

3) s. dag. Wächter a. a. O. n. 83. Roßhirt Entw. S. 266. 267. N. Rev. S. 565. vgl. den bes. Theil.

4) vgl. daher auch Jenull I. 180 u. fast buchstäblich hiernach Kitka S. 133. 134.

5) Sächs. GB. Art. 33. braunschw. §. 43. thüring. Art. 31. Das östr. u. preuß. GB. u. der bair. Entw. lassen die Auslegung ganz im Stich, wogegen der sächs. Entw. Art. 49, 2 eine treffende Bestimmung hat.

6) Braunschw. GB. §. 42. thüring. Art. 33. Weiß S. 169. vgl. Kursächs. Konst. p. 4. n. 7. Sie entscheiden den Fall richtig, aber eben nur unter der Voraussetzung, daß kein Zusammenhandeln stattfand.

7) Hufnagel III. 94—96. Breidenbach I. 2. S. 305. 306. vgl. Leonhardt I. 257. s. jed. N. Rev. S. 586. 587.

8) Meine Schrift: Auerswald rc. S. 202. 203. Note.

daher auch weitergreifend (auf der Vollendung nachfolgende Akte und ganz unthätig Gebliebene sich erstreckend) ein im Falle des Komplotts, d. h. der Verabredung Mehrerer zur gemeinschaftlichen Ausführung des Verbrechens, vorausgesetzt, daß jeder Theilnehmer die Eigenschaft des Urhebers (die Absicht, das Verbrechen als seine That zu verwirklichen) hat. Denn es kommt hier zu dem im vorigen Fall wirksamen Momente der identischen Absicht noch das weitere der wechselseitigen Anstiftung der Theilnehmer hinzu. N. Rev. §. 150 [1]).

1) Jemehr in der neueren Gesetzgebung die Neigung sich zeigt, das Komplott als eine besondere Begehungsform von Verbrechen preiszugeben [2]), um so wichtiger wird es für die Wissenschaft, diese Form in ihrer rechtlichen Eigenthümlichkeit zu wahren, zugleich aber auch sie vor den mancherlei Auswüchsen abstrakten Denkens zu bewahren, welche sie wiederholt der praktischen Tendenz der modernen Gesetzgebung verdächtig gemacht haben.

2) Das römische Recht erwähnt, wie anderer Begehungsformen, so auch nicht selten der conspiratio, factio u. dgl. [3]), womit Komplott und Bande bezeichnet werden, ohne jedoch damit eine besondere technische Bedeutung zu verbinden. Ebenso wenig wird man den technischen Begriff des Komplotts im germanischen Rechte suchen wollen. Der Fall wird allerdings erwähnt, aber so daß man (ganz abgesehen von den wunderlichen Bestimmungen über die mit gesammeltem Gefolge begangenen Verbrechen s. §. 92. Anm. 2) zugleich erkennt, wie nicht auf die Verabredung, sondern auf die Ausführung das Hauptgewicht gelegt wurde [4]), wenn man auch wohl allerdings die auctores conspirationis für strafbarer als die gemeinen Theilnehmer ansah [5]). Jedenfalls scheint man überall, wo man der Sache genauer nachgieng, den ganz dem objektiven Standpunkt des german. Rechts angemessenen Ausweg gewählt zu haben, daß man die vorherige

---

1) s. Literatur zu §. 89 und noch besonders: v. Schirach im N. Arch. I. 516 f. Kleinschrod eb. IV. 329 f. Cucumus eb. XIV. 1 f. Busman de societate delinqu. 1824. Bauer Anm. I. 481 f. II. 210 f. Abh. I. 440 f. Stübel Theilnahme §. 6—11. 23—25. 46. Kitka §. 41. Ziegler §. 2 ff. Gönner u. Schmidtlein Jahrb. d. Gesetzgeb. I. 70. 385 f. v. Jagemann im N. Arch. 1851. S. 345 f. (unbedeutend). Trefurt eb. 1838. S. 408—412. Berner S. 393 ff. (wenig Neues und Eigenes).

2) Nicht der Fall ist dies im preuß. LR. II, 20. §. 66. 73, wo nur die Definition zu vag ist (den §. 73 ignorirt Berner S. 480), wohl aber im östr. GB. (s. freilich Jenull I. S. 177—179 u. ganz nach ihm Kitka §. 41. vgl. Hye S. 255. 256), im Code pénal und hiernach im preuß. GB. (Beseler S. 152—154), ohne dieses Vorbild im sächs., braunschw. und thüring. GB., und neuerdings im bair. Entw.

3) s. z. B. l. 4 pr. l. 8 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 5 pr. §. 6. C. eod. (9. 8). l. 11 §. 2. l. 16 pr. D. de poen. (48. 19). l. 3 pr. D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6). l. 1 §. 1. l. 9 §. 3. l. 20 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 1 pr. D. de effract. (47. 18). l. 2 pr. D. ad l. Jul. de annona (48. 12). l. 13 D. de cust. reor. (48. 3). vgl. Rein S. 521. Birnbaum N. Arch. 1842. S. 18. n. 37. 38. S. 42. n. 103.

4) s. bes. L. Wisig. VI, 5, 12 a. E. Ed. Roth. c. 10. 11. 284. 285. L. Liutpr. c. 134.

5) Capit. a. 805. c. 10 (P. I. p. 133).

Verabredung besonders aufrechnete, nachher aber das Maß der äußeren Thätigkeit entscheiden ließ [1]). Die Rechtsbücher des MAs. geben um so weniger Ausbeute, da sie überhaupt die verschiedenen Theilnahmeverhältnisse mit großer Willkühr behandeln. Gleichwohl muß die germanische Grundansicht, welche nach dem Prinzip der objektiven Kausalität hinneigte, in der (italienischen) Doktrin des MAs. in Konflikt mit der römisch-rechtlichen Auffassung gekommen sein. Denn eben diese italienische Jurisprudenz hat auch hier wieder sichtlich vermittelnd der P.G.O. vorgearbeitet. Ihre communis opinio hat den Begriff des Komplotts in seinen wesentlichen Momenten zuletzt im Ganzen richtig herausgearbeitet [2]). Aber bei näherer Nachforschung zeigt sich, daß dieser Begriff nur auf dem Wege langsamer Vermittlung zu Stande kam [3]). Jedenfalls hat die P.G.O. Art. 148 pr. das Komplott mit in's Auge gefaßt. Es ist jedoch ebenso unrichtig, in dieser Stelle bloß das Komplott zu finden [4]), als es ein Irrthum ist, wenn die vorherige Vereinigung der Willen als etwas nach der P.G.O. ganz Indifferentes bezeichnet wird [5]). Auf's Entschiedenste hat vielmehr die deutsche Doktrin seit 3 Jahrhunderten gerade dieses Moment — zum Theil auf übertriebene Weise — zum Nerv des Verhältnisses gemacht [6]). Allerdings gab die P.G.O. den Grundgedanken nur im Allgemeinen an und ließ einer Reihe von Kontroversen den weitesten Spielraum, z. B. über die Strafbarkeit der nicht wirksamen Theilnehmer, des Anstifters, Rädelsführers, über die Frage, ob alle wirksamen Theilnehmer gleich bestraft werden müssen, über die Folgen des Rücktritts rc. Allein die P.G.O. hatte für die Entscheidung solcher Fragen großentheils indirekt, besonders durch die Art. 107 u. 178 gesorgt. Nur freilich gab auch ihr Art. 177 den Anlaß, um unrichtigen Theorieen den Schein gesetzlicher Unterstützung zu verleihen. Die ältere Doktrin (die italienische und deutsche) hatte allerdings den praecedens tractatus an sich zum Motiv der Solidarität der Theilnehmer an der

---

1) **Ed. Roth.** c. 19. **L. Rip.** 64. **L. Liutpr.** c. 134. **L. Baj.** III, 8. §. 1.

2) **Gandin.** t. de homicid. n. 12. 45. u. A. bei **Farin.** qu. 96. n. 18. 72. Sitt.

3) so erscheint z. B. bei **August. ad Ang.** §. et Andr. Mar. n. 23 das Komplott von dem Fall der dolosen zufälligen Miturheberschaft noch keineswegs bestimmt unterschieden. Andre stellten dem Uebergreifen des subj. Moments den german. Grundsatz des Unterschieds von Vollendung u. Versuch entgegen. s. **Carrer.** u. A. b. **Farin.** l. c. n. 73, wogegen wenigstens beim crimen maj. u. a. schwereren Verbrechen die Verwirkung der poena ord. schon durch das Komplott an sich ihre Vertheidiger fand. s. **Farin.** qu. 112. n. 144. 145. Andre verlangten dagegen außer der verbalis machinatio noch einen actus extrinsequus, z. B. die Auffindung eines Menschen, qui debeat principem occidere (so **Foller.** s. **Farin.** qu. 116. n. 149. vgl. dag. **Boss.** ib. n. 150. u. die qu. 124. n. 47—49 Angef.). Auch fehlte es nicht an solchen, welche das Moment des „eigenen Interesses" bestimmt heraushoben. ib. qu. 129. n. 36—39.

4) Dies ist jetzt die gewöhnliche Meinung. s. dag. **Wächter** I. §. 89. n. 83. u. den vor. §en.

5) **Luden** Hdb. I. 479. n. 1. (vgl. jed. Abh. II. 367 ff.) Auch **Wächter** a. a. O. nähert sich diesem Irrthum.

6) vgl. **Damhouder** c. 76. n. 27. **Carpzov** qu. 125. n. 11—18. **Kress.** ad art. 148. **Berger** El. I. p. 107. 190. 191. **Böhmer** Med. ad art. 148. §. 1. **Meister** rechtl. Erk. I. dec. 14. n. 8. III. dec. 71. n. 33. **Quistorp** §. 54. **Grolman** §. 34. **Feuerbach** Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 130 ff. Lb. §. 47. **Tittmann** I. §. 103. **Stübel** Thatbest. §. 61 ff. rc.

Ausführung gemacht. Allein dabei hatte es an den näheren Bestimmungen sehr gefehlt. In der Regel wurde allerdings vorausgesetzt, daß alle in gleichem dolus coadunati gewesen seien, wobei man dann nur über die Strafbarkeit der bloßen Vereinigung, über den Anfangspunkt derselben, über die Strafbarkeit der unwirksam gebliebenen Theilnehmer, über die Strafbarkeit bei mißglücktem oder keinem Einzelnen speziell nachweisbaren Effekt rc. stritt [1]). Gleichwohl fehlte es nicht an solchen, welche auch bei dieser Frage das germanische Prinzip der objektiven Kausalität trotz der coadunatio zur Geltung bringen wollten, theils durch geringere Bestrafung der nicht bis zum Aeußersten Gegangenen [2]), theils durch Anwendung der Grundsätze über die Anstiftung eines alias facturus [3]). Karpzov dagegen hält zwar fest daran [4]), daß zum Komplott die Gleichheit der Absicht bei allen Theilnehmern gehöre, eben hieraus aber die gleiche Verantwortlichkeit aller wenigstens bei der Ausführung Gegenwärtigen für den Erfolg sich ergebe [5]). Allein sobald man das Prinzip der objektiven Kausalität mit Bewußtsein zu systematisiren begann, so mußte man nothwendig auf Abwege gerathen, welche von der Begründung des Komplotts auf den reinen Begriff der Miturheberschaft abführten [6]). Zwar wurde zunächst gerade das entscheidende subjektive Moment: das gemeinschaftliche Interesse noch beibehalten, ja sogar ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß mit dem Vertrag mehrerer Urheber der Vertrag des Urhebers mit einem Gehilfen nicht verwechselt werden dürfe [7]). Allein diese vom subjektiven Standpunkt aus ganz richtige Auffassung mußte sich den Vertheidigern jenes Prinzips unter der Hand in eine durchaus irrige verwandeln. Da sie nämlich Urheberschaft und Beihilfe nur nach dem Grade der objektiven Kausalität unterschieden und die Forderung der Kausalität (freilich im Widerspruch mit dem Begriffe des Willens) auch auf das Gebiet der intellektuellen Theilnahme übertrugen, so mußte bei konsequenter Verfolgung dieser Richtung der Begriff des Komplotts immer mehr eingeschränkt und endlich ganz aufgelöst und überflüssig werden [8]). Es haben jedoch die Anhänger jenes Prinzips keineswegs alle die

---

1) Gandin. l. c. P. Plaz. Epit. I, 12. n. 1 sq. Bonif. de Vit. de insult. n. 30. Clar. V. §. homic. n. 37. Carrer. pract. de homic. §. 2. n. 68. 75. Gomez. var. resol. III, 3. n. 36. Menoch. arb. qu. II. c. 362. n. 25. Farin. qu. 96. n. 18. 72. qu. 112. n. 144. 145. qu. 116. n. 148—150. qu. 124. n. 47—49.

2) s. Carrer. u. A. bei Farin. qu. 96. n. 73.

3) s. Bertaz. Cons. I. c. 62.

4) s. auch Damhouder. c. 76. n. 27. (der die comm. opin. der Italiener ebenso auffaßt).

5) qu. 25. n. 11—18. vgl. Gail Obs. II, 109. n. 10. Berlich P. 4. concl. 11. n. 49 (und die dort Citt.).

6) s. z. B. Böhmer obs. 5. ad C. qu. 22, j. obs. 2 ad qu. 125 und Med. ad art. 148. §. 1. Er läßt noch die Willenseinigung als Grundlage gelten und selbst den nicht wirksamen Theilnehmer beim Kindsmord rc. solidarisch haften; aber er verlangt bereits (nach Anal. des Mandats), die conspiratio müsse efficax gewesen sein. vgl. Med. ad art. 111. §. 9 und Quistorp §. 54.

7) s. bes. Kleinschrod I. §. 178. Feuerbach Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 131 (diese Ausführung, welche durch ihr Festhalten des subj. Moments trotz des abstrakt obj. Standpunktes merkwürdig ist, hat Berner S. 452 oberflächlich und unrichtig abgefertigt), Tittmann I. §. 103. vgl. auch v. Schirach N. Arch. I. 519. 520.

8) Kleinschrod a. a. O. schließt daher nicht nur, wie Böhmer, den Fall aus,

gedachte Konsequenz verfolgt; vielmehr sind sie meist bei der herkömmlichen Lehre, wie sie nach dem Vorbilde der italienischen Jurisprudenz bei Karpzov sich vorgetragen findet, stehen geblieben, resp. zu derselben zurückgekehrt, wenn es auch hiebei an einzelnen Modifikationen nicht fehlte [1], — während umgekehrt solche, welche konsequenter Weise vor Allem den subjektiven Gesichtspunkt hätten festhalten sollen, gerade hierin die Folgerichtigkeit vermissen lassen [2]. Ja es ist sogar das entscheidende subjektive Moment gerade von den Vertretern der ersteren Richtung weit gewichtiger, ja schroffer geltend gemacht worden, als von denen der lezteren.

§. 105.

Zum Komplott gehören mehrere von der gleichen urheberischen (§. 90) Absicht in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen beseelte Individuen, welche — in der Regel infolge einer besonders hierauf gerichteten Anstiftung — sich ausdrücklich oder durch konkludente, der Ausführung vorangehende Zeichen oder Handlungen dahin vereinigen, den allen gemeinsamen Willen als Einen Gesammtwillen durch gemeinschaftliche oder Einem oder Einigen mit Uebernahme gemeinschaftlicher Verantwortung übertragene physische Thätigkeit zur Ausführung zu bringen. Sowie einer oder einige sich durch Veranlassung der ganzen Verbindung auszeichnen können (Anstifter), so ist dasselbe hinsichtlich der Entwerfung des bestimmten Ausführungsplans und der Leitung der wirklichen Ausführung (Rädelsführer und Anführer) möglich. Abgesehen aber von diesen Modalitäten, sowie von andern Theilnahmeverhältnissen, die nebenher stattfinden können (vertragsmäßige oder gemeine Beihilfe oder Begünstigung 2c.), —

---

wenn einer der Theilnehmer auch ohne das Komplott die That ausgeführt haben würde, sondern er fordert auch, daß alle Komplottanten, wenn sie nicht zu bloßen Gehilfen herabsinken sollen, als Urheber im obj. Sinn (als nothwendige Ursachen, zum mindesten als Hauptgehilfen) physisch thätig — und zwar bei der Haupthandlung thätig gewesen sein müssen (s. gegen letzteres Feuerbach a. a. O. S. 131—135, der jedoch S. 137—140 bei der Bestrafung gleichfalls auf den abstrakt obj. Standpunkt zurückfällt und die von Kl. Ausgeschlossenen zwar als coauctores, aber doch nicht viel höher, als bloße socii ex compacto bestraft wissen will; sehr willkührlich ist dag. Klein Grundf. §. 141. nr. 1. 2). Stübel Thatbest. §. 61 f. bemerkt hiegegen treffend, daß gerade in den von Kleinschrod allein für das Komplott übrig gelassenen Fällen der Begriff des Komplotts als ganz unnöthig erscheine, daß dieser vielmehr praktische Realität eben nur für solche socii ex comp. habe, denen physisch nur ein concursus remotus oder minus plenus zur Last falle. Für diese Fälle suchte er den Begriff des Komplotts auf Grund der Annahme einer intellektuellen Kausalität noch zu retten. Die letzte Konsequenz hat Stübel durch die Zerstörung der eben gedachten Voraussetzung erst in seiner Schrift über die Theilnahme §. 23—25. 46. gezogen.

1) Feuerbach §. 47. Grolman §. 34. Tittmann I. §. 103. vgl. Kleinschrod N. Arch. IV. 329 f. Kitka §. 41. Roßhirt Entw. S. 266 f.

2) so Wächter I. §. 89. n. 83. Heffter §. 86. s. dag. Jarcke I. 230. n. 5 (der aber auch den vertragsmäßigen Gehilfen unter die Komplottanten wirft). Henke I. 275. 276. 527. 529. 530. vgl. N. Rev. S. 578—584. Für subtil hält alle Bestimmungen über das Komplott Dollmann in der krit. Ueberschau I. 171 ff.

liegt das leitende Prinzip für die rechtliche Beurtheilung des Komplotts nur eben in dem, was das Spezifische dieser Begehungsform ausmacht, d. h. in der wechselseitigen Anerkennung der ursprünglich isolirten Absichten als identischer und in der demgemäß erfolgenden Konstituirung Eines Gesammtwillens mittelst wechselseitiger Anstiftung, wodurch denn für alle in diesen Gesammtwillen vereinigten Einzelwillen auch der infolge der Gesammtabsicht hervorgebrachte Erfolg zum Gesammterfolg wird, den sie solidarisch zu vertreten haben. N. Rev. §. 150.

1) Es ist neuerlich [1]) als eine wichtige Entdeckung verkündigt worden, daß sich das Komplott in „3 Rythmen" verlaufe, deren erster bald selbständig, bald als bloßer „Auftakt der beiden folgenden Rythmen" erscheinen soll. Abgesehen von Andrem, mag nur im Interesse der Praxis die Frage gestellt werden, welche juristische Behandlung denn eintreten soll, wenn der erste Rythmus als Auftakt in den zweiten übergeht [2]) und erst jetzt die Saiten springen? (s. unten).

2) Die im §. angegebenen Erfordernisse des Komplotts sind auch in den neueren Gesetzgebungen, soweit sie das Komplott als eigenthümliche allgemeine Begehungsform aufgenommen haben [3]), anerkannt. a) Eine Mehrheit von Personen: zwei genügen [4]). Aber diese Personen müssen sammt und sonders, d. h. jede die Absicht haben, das Verbrechen als ihre That zur Verwirklichung zu bringen [5]); — ein Satz, den Doktrin und Gesetzgebung nur häufig in ungenügenden und zweideutigen Formeln (gemeinschaftliches, unmittelbares Interesse, gemeinschaftlicher Zweck ꝛc.) ausdrücken [6]). b) Vereinigung dieser Personen zur

---

1) Berner S. 393 ff. bes. S. 414—421.

2) Nach S. 421 ist ja dies sogar „nichts Seltenes" (das Gewöhnliche!).

3) Dahin gehören nicht das Oestr. (s. übr. Hye 255. 256), das preuß. GB. und der bair. Entw. s. aber preuß. GB. §. 63. Bair. Entw. Art. 96. Goldtammer I. 284 f. 332. 333.

4) Bair. GB. Art. 50. Wirt. Art. 78. Zum Hannövr. Art. 57. s. Schlüter S. 49. n. 18. und dag. v. Bothmer Erörter. II. 142. 143. Leonhardt I. 255. zum Hess. Art. 74. s. Breidenbach I. 2. S. 307. Ebenso ist das Bad. §. 125 auszulegen. vgl. Sächs. Entw. Art. 49, 1. Preuß. GB. §. 63. — vgl. Sächs. GB. Art. 33, 1. Braunschw. §. 43—45 (Breym. S. 204) Thüring. Art. 31 (welche Gbücher nur den Namen: Komplott nicht haben, und den Begriff unrichtig erweitern). s. übr. die richtige Bem. von Walther Beitr. z. Lehre vom hochverr. Komplott. 1849. S. 55. 56 (daß es auf die Natur des bestimmten Verbrechens ankommt).

5) A. M. sind diejenigen, welche den vertragsmäßigen Gehilfen mit den Komplottanten zusammenwerfen. z. B. Stübel Thatbest. § 64. Jarcke I. 230. n. 5. s. dag. Kleinschrod I. §. 178 (?). Feuerbach Krit. II. 131 (?). Tittmann I. §. 103. v. Schirach N. Arch. I. 519. 520. Wächter I. §. 90. n. 87. Roßhirt Entw. S. 268. Cucumus N. Arch. XIV. 4. Anm. z. bair. GB. I. 164 ff. Berner S. 470. Ziegler S. 6 unten. Sächs., Braunschw., Thüring. GB. Erachten f. Meklenb. S. 134. 135.

6) vgl. Stübel Theiln. §. 23. Bauer Anm. I. 482. II. 175. Die bair. Anm. und die wirt. Mot. stellen Haupt- und untergeordnetes Interesse einander entgegen (?). vgl. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 77. n. 7. 8. und bes. Breidenbach I. 2. S. 307—309. Ueber die Schwierigkeit, welche der Art. 66 des

Ausführung des Verbrechens als Verwirklichung ihres Einen Gesammtwillens. Gerade in diesem Punkte wirken in der neueren Doktrin und Gesetzgebung noch mehrfach Reste der früheren Ansicht über die Nothwendigkeit der objektiven Kausalität auch im Verhältnisse der intellektuellen Theilnahme nach, sofern man meist noch davon ausgeht [1]), daß das Versprechen und Erwarten des gegenseitigen Beistandes bei der Ausführung der That das Moment sei, wodurch Miturheberschaft bei den Komplottanten erzeugt [2]) werde. Dies ist ein Irrthum [3]), da bei intellektueller Einwirkung von objektiver Kausalität nicht die Rede sein kann (§. 98). Indessen ist derselbe in das bair., wirtemb. und hannövr. GB. [4]) übergegangen, nicht ebenso in das hessische und badische, wenn gleich auch hier die Behandlung des Komplotts im Einzelnen nicht ganz richtig ist. Die vorgenannten Gbücher verlangen nämlich neben dem Beschlusse des Verbrechens aus gemeinschaftlichem Interesse auch noch ausdrücklich das Versprechen der gemeinschaftlichen Ausführung, woraus gefolgert werden kann, daß ohne dieses Versprechen ein Komplott gar nicht anzunehmen wäre [5]). Allein dies ist theoretisch, wie praktisch falsch. Denn der Begriff des Komplotts ist mit der Vereinigung der Gleichgesinnten zur Ausführung des Verbrechens als Verwirklichung ihrer identischen Gesammtabsicht abgeschlossen, wenn auch immer einige oder mehrere Theilnehmer gar keine positive Mitwirkung zur Ausführung zusagen. Dies ist ganz klar, wenn nur Einer das bestimmte Verbrechen ausführen kann, und nun die 20 ꝛc. Komplottanten darum loosen, wer dieser Eine sein soll [6]). Die Sache bleibt aber dieselbe, wenn unter den 20 nur Ein Ge-

---

hannövr. GBs macht, s. Leonhardt I. 258—260. vgl. bes. noch v. Bothmer Erört. II. nr. 6. Gut der sächs. Entw.

1) Stübel Thatbest. §. 61 f. Kleinschrod I. §. 178. Tittmann I. §. 103. not. b. und N. Arch. II. 376 (steht der Wahrheit sehr nahe). Feuerbach §. 47. Anm. z. bair. GB. I. 164—170. Martin §. 76. Henke I. 276. Bauer Abh. I. 442. Roßhirt Entw. S. 266—271 (Anklänge des Richtigen). Jarcke I. 228. Heffter §. 86. Ziegler S. 7. 9. 10. 12. v. Schirach und Cucumus a. a. O. Walther S. 56. 57 (wenigstens nicht genau).

2) vgl. übr. Bauer Anm. II. 210 f. Lb. §. 77. not. c. Abegg S. 116. Marezoll S. 189. not. 3.

3) vgl. Berner S. 441. 442, der sich übrigens hier wieder einmal sehr mit Unrecht das Verdienst der Originalität zuschreibt. s. außer den in der vor. Note Angef. bes. Stübel Theilnahme §. 24. Grolman §. 34. Breidenbach I. 2. S. 299—301.

4) s. auch preuß. LR. II. 20. §. 73. Hye S. 255. Im sächs. u. thüring. GB. bildet die gemeinschaftliche Ausführung gerade den Nerv der Sache. Einen Mittelweg geht das braunschw., aber ganz in demselben Sinn.

5) Schlüter S. 49. n. 21 will sogar eine Verabredung zur gemeinschaftlichen Ausführung ohne „ausdrückliche Verpflichtung zum gegenseitigen Beistand" nicht genügen lassen. vgl. v. Bothmer Erört. II. 144 f. Der Streit zwischen Bauer Anm. I. 483. Gönner Mot. S. 114. Leonhardt I. 256. 257 ist gänzlich unerheblich, da alle von der Grundansicht ausgehen, daß die gemeinschaftliche Ausführung zugesagt sein müsse (Bauers Folgerungen hinsichtlich des stillschweigenden Komplotts sind unlogisch). Auch die sächs. Mot. z. Art. 49 sind hier im Irrthum, da sie sogar (ganz inkonsequent) die Eigenschaft des Miturhebers von der physischen Mitwirkung abhängig machen (Art. 56). s. dag. Zürch. GB. §. 51. Wadtl. Art. 48.

6) Hier konnte man immer noch der irrigen Theorie die Auskunft lassen, daß doch Alle zur Mitwirkung sich „bereit gezeigt hätten."

eigneter zur Ausführung ist, welchenfalls die Natur zum Voraus die Rolle des Looses übernommen hat [1]). — Dennoch liegt auch in der Ansicht jener Gbücher relativ etwas Wahres, sobald man nur das falsche Motiv (die nothwendige objektive Kausalität der intellektuellen Einwirkung) preisgiebt. Der gewöhnlichste Fall des Komplotts ist nämlich ohne Zweifel der, daß die Gleichgesinnten auch zur gemeinschaftlichen Ausführung sich verabreden, weil eben hierin die Ernstlichkeit der Absicht jedes Einzelnen sich am einfachsten beurkundet. Auch wäre es unfehlbar ganz falsch, abstrakt zu behaupten, daß das Requisit der Gemeinschaftlichkeit zur Ausführung nicht gehöre, da man hiemit die Grenze zwischen dem Komplott und dem Verhältniß zwischen intellektuellen und physischen Urhebern geradezu aufheben würde [2]). Man wird daher die Frage nur so entscheiden können, wie im §. geschieht (d. h. als Regel: gemeinschaftliche Ausführung, aber Komplott auch dann, wenn plangemäß die Ausführung nur Einer oder Einige übernehmen) [3]). Das Ergebniß ist, daß man nicht abstrakt wirksame und unwirksame Komplottanten sich entgegensetzen darf, sondern unter den lezteren die plangemäß Unthätigen von den verabredungswidrig Unwirksamen sehr genau unterscheiden muß.

3) Gemäß der hergebrachten irrigen Ansicht über das Motiv der Auszeichnung des Komplotts als besondrer Begehungsform wurde von jeher viel darüber gestritten, was denn zur gemeinschaftlichen Begehung des Verbrechens gehöre? Karpzov fordert mutuae opis auxiliive praestatio, läßt aber die sola assistentia genügen, weil sie den Thäter audacior mache [4]). Auch ist dies im Wesentlichen communis opinio geblieben, nur daß man die einzelnen Arten der Mitwirkung näher bestimmte [5]). Man stritt namentlich darüber, wie einer zu beurtheilen sei, der keine bestimmte Hilfe zugesagt habe [6])? Ferner darüber,

---

1) Ebenso dann, wenn der Geeignete selbst unter den 20 sich nicht findet, sondern erst geworben werden muß (Farin. qu. 116. n. 149), welchenfalls aber allerdings das Komplott sich in das Verhältniß mehrerer Anstifter zu einem physischen Urheber auflösen kann. vgl. Berner S. 426. 467 (der über diesen Unterschied hinweggeht). Hye S. 256.

2) handelt es sich bloß um 2 Personen, so ist das fragliche Moment absolut nöthig, um ein Komplott zu begründen, aber die Thätigkeit kann auch eine negative sein.

3) Dieser Punkt ist praktisch um so mehr zu betonen, da nicht nur die fraglichen 3 Gbücher, sondern auch das hessische und badische ihn ignoriren und sich mit abstrakten (darum unwahren und ungerechten) Bestimmungen über die „nicht wirksamen" Komplottanten ohne weitere Unterscheidung begnügen. Dasselbe ist in noch höherem Grade beim sächs., braunschw. und thüring. GB. der Fall. vgl. Martin §. 76. n. 7.

4) qu. 25. n. 11 sq. vgl. Leyser Sp. 535. med. 17. Sp. 536. med. 15. 16. Böhmer Med. ad art. 148. §. 1 bemerkt, daß auch ein bei der Ausführung Abwesender durch anderweitig geeignete Thätigkeit mitwirken könne. vgl. Quistorp §. 54 (unter Anführung von Böhmer) und Berner S. 466 (ohne solche). s. auch Kleinschrod N. Arch. IV. 331. 332. Nicht genügend ist die bloße Gegenwart nach v. Schirach N. Arch. I. 524. s. auch Westphal de consort. §. 14 sq.

5) Ueber die eigenthümlichen Behauptungen von Kleinschrod und Stübel s. §. 104. Anm. 2.

6) Stübel Thatbest. §. 62. vgl. v. Schirach N. Arch. I. 522 (nach jenem milder, nach diesem strenger, — beides von dem falschen Standpunkt der abstrakt objektiven Kausalität aus). Tittmann I. §. 103. not. b.

ob auch die Zusage einer Begünstigung zum Komplott genüge [1]? Diese Frage ist schon deshalb zu bejahen, weil nach allgemeiner Meinung die vorher zugesagte Begünstigung die rechtliche Eigenschaft der Beihilfe annimmt, und nach ebenso allgemeiner Meinung unter der Voraussetzung des „gleichen unmittelbaren Interesses" die Beihilfe durch das Komplott zur Miturheberschaft erhoben wird. Am richtigsten sagte Tittmann, daß auf Art und Grad der Mitwirkung, wie sie immer beschaffen seien, nichts ankomme [2]). Im Wesentlichen sprechen dasselbe auch die neueren Gbücher aus, welche das Komplott hervorheben. Namentlich nennen sie auch die Gegenwart am Orte der That [3]) (das bair. und hannövr. nur indirekt), jedoch nur unter der Voraussetzung, daß man durch seine Anwesenheit sich zur Mitwirkung bereit gezeigt habe [4]). Wie bei der bestimmten Vorschrift, daß das Komplott jede Mitwirkung vor, bei oder nach der That umfasse [5]), die wirtemb. Gerichte zum Theil die zugesagte negative Beihilfe durch Nichtverhinderung u. Anderes vom Komplott ausschließen, und über die Subsumtion andrer Thätigkeitsweisen unter das Komplott wenigstens zweifeln können [7]), ist unbegreiflich, da die Unterscheidung physischer oder positiver Beihilfe von intellektueller oder negativer in diesem Fall auf reiner Willkühr beruht und der aus den Mot. angezogene Satz, daß ein an der Planstiftung Theilnehmender, aber physischen Beistand Verweigernder [8]) eo ipso nicht Komplottant, sondern Anstifter od. intellektueller Gehilfe sei, zum mindesten sehr problematisch ist. s. Anm. 2. a. E.

---

1) Verneint von v. Schirach S. 525—527. Roßhirt Entw. S. 270. Note. s. dag. Stübel §. 63. vgl. schon Böhmer Obs. 5. ad Carpz. qu. 22 und seine Angaben aus der Praxis (s. jed. med. ad art. 148 §. 1, was Berner übersehen hat). Cucumus N. Arch. XIV. 3—5. Berner S. 467—471. Breidenbach I. 2. S. 312. 313.

2) N. Arch. II. 376 (unrichtig modifizirt im Hdb. I. §. 103. not. c.). und wörtlich hiernach Jenull I. 177. 178. und Kitka §. 41 (den Berner als originell citirt).

3) vgl. Kleinschrod A. Arch. IV. 330. Martin §. 76. Cucumus N. Arch. XIV. 5—7. Ob dies nach der P.G.O. Art. 148 gesagt werden könne, war bestritten. s. auch v. Schirach a. a. O. S. 524. Breidenbach S. 313. 314.

4) Bair. GB. Art. 50. Hannövr. Art. 57. Wirt. Art. 79. Hess. Art. 74. Bad. §. 125. Daher ist gänzlich falsch, was Berner S. 465—467 über die neueren Gbücher bemerkt. s. auch Sächs. Entw. Art. 49, 1. vgl. Sächs. GB. Art. 33, 2. Thüring. Art. 31. Braunschw. §. 43.

5) Wirt., Hessen, Baden. Noch stärker drücken sich das bair. und das hannövr. GB. aus. Beim sächs., braunschw. u. thüring. zerflattert in dieser Beziehung der Begriff des Komplotts in andern Theilnahmeformen.

6) Hufnagel II. 513—518 (daß in dem S. 518. 519 angef. Fall kein Komplott anzunehmen war, lag freilich auf flacher Hand). StrafGB. m. Anm. S. 77. s. aber auch ebend. S. 493! N. Rev. S. 588. 589. Sächs. Mot. z. Art. 49. Bair. Strafger. II. 269 f.

7) Das Ges. 13. Aug. 1849 gibt freilich keine Definition des Komplotts mehr. Aber eben darum müssen die Wirt. Gerichte sich jetzt die Vorfrage stellen, auf welches Prinzip sie überall das Komplott stellen wollen, ob auf das früher herkömmliche eklektische oder auf das hier durchgeführte, welches allein Konsequenz in der Anwendung verbürgt?

8) Vorausgesetzt natürlich, daß nicht bloß von Zweien die Rede ist, deren einer bloß intell. thätig ist, während der andere bloß die physische Ausführung unternimmt.

4) Eine besonders bestrittene Frage war von jeher die: ob ein Komplott auch stillschweigend eingegangen werden könne? Der Fall eines stillschweigenden Komplotts streift übrigens so nahe an den im §. 103 erörterten Fall der zufälligen Miturheberschaft, daß in der Praxis sich in der Mehrzahl der Fälle die Grenzen leicht verwischen werden, falls sie überhaupt sich entschließen wird, die Grundsätze des §. 103 anzunehmen. Gleichwohl ist der Unterschied auch unter dieser Voraussetzung von Gewicht [1]. Denn im Fall des §. 103 entsteht das Band der Willenseinheit erst durch die wechselseitig wahrgenommene physische Thätigkeit. Es muß daher hier jedem Einzelnen nachgewiesen werden, daß er bereits mit der Absicht eines Urhebers an Ort und Stelle gekommen sei. Auch schließt sich das spezifische rechtliche Verhältniß hier im Wesentlichen mit der Thätigkeit bei der Haupthandlung ab, wenn schon auch ein Mithandelnder, dessen Akt erst post festum kommt, noch des Versuchs schuldig wird (z. B. der auf den bereits Todten noch schlägt, den bereits Ausgezogenen noch berauben will ꝛc.). Denn der eben nur durch das zufällige Zusammentreffen in ipso actu entstandene Willensnexus kann weder vor-, noch rückwärts rechtliche Folgen äußern. Dagegen setzt das stillschweigende Komplott eine jedenfalls der Ausführung vorangegangene Willensvereinigung voraus, welche sofort eine Solidarität der Verantwortlichkeit in gleichem Umfange nach sich zieht, wie die ausdrückliche Verabredung [2]. Noch weit größer wäre freilich der Unterschied, wenn das zufällige Zusammenwirken mehrerer dolosen Urheber nach der l. 17 D. ad leg. Corn. de sic. beurtheilt werden müßte, wie Viele annehmen (§. 103. Anm. 1). Jedenfalls hätten die Anhänger dieser letzteren Theorie um so mehr Aufforderung zur Anerkennung des stillschweigenden Komplotts gehabt, was aber freilich vielfach ausblieb [3]. Dagegen haben auch Viele die Möglichkeit eines stillschweigenden Komplotts anerkannt, nur freilich nicht immer mit der erforderlichen Bestimmtheit, d. h. so, daß sich ihnen dieser Fall in den Fall des §. 103 hineinverliert [4].

---

1) vgl. Meine Schrift: Auerswald ꝛc. S. 92—107. 199—201. 202. Note.

2) N. Rev. §. 149. u. S. 586—588. Berner S. 348—356. 404—406. A. M. Hufnagel III. 94—96 (nach den Motiven), wo aber gerade der Nerv des Verhältnisses nicht berührt ist, und der im Text berührte Unterschied ganz verschwindet (die praktische Folge wäre ebenso grausam als unwahr. Unrichtig Goldtammer II. 36. n. 1, der sich für die Auslegung des Wirt. Ges. auf Berner beruft!). vgl. Luden Hdb. I. 477. 478. Sarwey Monatschr. VII. 13 ff. Nach der „rythmischen" Theorie kommt man wohl ziemlich in's Gedränge; allein man weiß sich zu helfen. vgl. Berner S. 421. s. dag. Bair. Strafger. II. 306—312. Am bestimmtesten wird die stillschw. Uebereinkunft der ausdrücklichen gleichgestellt im sächs., braunschw. u. thüring. GB. Anders der sächs. Entw.

3) Kleinschrod I. §. 180. Henke I. 275. Tittmann I. §. 103. v. Schirach im N. Arch. I. 517. 518. Stübel Thatbest. §. 61. Note. Bauer Abh. I. 442. Ziegler S. 8. Mittermaier n. 5. z. F. §. 47.

4) Böhmer med. ad art. 148. §. 1. Leyser Sp. 536. med. 15. 16. Quistorp §. 54. Klein n. †† hiezu. Martin §. 76. Heffter §. 86. n. 2. Luden a. a. O. Breidenbach I. 2. S. 305. 306. N. Rev. u. Berner a. a. O. vgl. Luden Hdb. I. 477. Nach preuß. GB. §. 63 ist ein stillschweig. (Hochverraths-)Komplott nicht anzunehmen. Goldtammer II. 35. 36. Es können aber die Bestimmungen über das Komplott beim Hochverrath überhaupt nicht als maßgebend betrachtet werden, was bei der Ignorirung des Komplotts im allg. Theile doppelt herauszuheben ist.

5) Aus der abstrakten Gleichheit, welche durch die das Komplott charakterisirende Willenseinheit gesetzt wird, können [1]) sich Einzelne durch erhöhte intellektuelle oder physische Thätigkeit hervorheben, — als Anstifter der Verbindung überhaupt oder einzelner größerer Gruppen einer weiter verzweigten Verschwörung [2]) — als Rädelsführer (Angeber eines bestimmten Plans), — oder als Anführer (Leiter der physischen Ausführung) [3]). Dies ist denn auch in den neueren Gesetzgebungen, soweit sie das Komplott als eigene Form aufnehmen, in freilich im Einzelnen mannigfach abweichender Weise bei der Frage über die Strafzumessung anerkannt [4]).

6) Der Begriff des Komplotts ist nach zweifacher Seite hin einzuschränken, a) dahin, daß er überall nicht oder mindestens nicht mehr besonders zur Anwendung kommt, wo das Verbrechen seiner Natur nach eine Mehrheit von thätigen Personen (Ehebruch, Bigamie, Duell ꝛc.) oder eine komplottartige Verbindung (Aufruhr ꝛc.) in sich schließt. §. 89. Anm. 2 [5]), b) dahin, daß er außer Anwendung bleiben muß, wenn Mehrere im Affekt zusammenhandeln. s. §. 103. Anm. 2. a. E. Nur muß freilich der Begriff des Affekts hier strenger festgehalten werden, als es oft genug in der Praxis geschieht [6]).

7) Was nun das Prinzip für die rechtliche Behandlung des Komplotts betrifft, so stehen sich in der neueren [7]) Doktrin zunächst zwei Ansichten diametral

---

1) Nach Berner soll dies sogar abstrakt nothwendig, ja die Annahme des Gegentheils lächerlich sein. S. 393. 400. 427. 455 (auch wird hier eine andere Terminologie angesonnen). Eine andre Bedeutung von Rädelsführer s. Pr. LR. §. 65. 68. Klein z. Quistorp §. 59.

2) Auf den Begriff einer eidlich bekräftigten Verschwörung legte man früherhin ein höchst unnöthiges Gewicht. Stelzer Krit. d. v. Eggers'schen Entw. S. 63. Tittmann I. §. 103. not. w. v. Schirach N. Arch. I. 516. Berner S. 406—412 (mit Exkurs gegen die Mucker).

3) Die höhere Strafbarkeit dieser Personen, wo sich solche hervorheben, wird mit Recht von Vielen statuirt, meist jedoch ohne positivrechtlichen Beweis. s. z. B. Feuerbach Kritik d. Kleinschr. Entw. II. 138. Lb. §. 113. Roßhirt Entw. S. 268 (?). Heffter §. 86. Marezoll S. 190. Bauer Lb. §. 87. Abegg S. 116. 117. Stelzer Krit. d. v. Eggers'schen Entw. S. 65. Cucumus N. Arch. XIV. 11—14. Auch sind in der That die aus dem positiven gemeinen Recht angezogenen Stellen von prekärem Werth, — s. z. B. l. 16 D. de appell. (49. 1). l. 38 §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 2 C. de seditiosis (9. 30). — RA. 1526. §. 8. P.G.O. Art. 127. vgl. Ziegler S. 34. 35. Martin §. 76. n. 11—13.

4) Preuß. LR. §. 65. 68. Bair. GB. Art. 51. Wirt. Art. 79. Hannövr. Art. 58. Hess. Art. 75. Bad. §. 125—133. vgl. Kurhess. Entw. §. 110. (Sächs. GB. Art. 83. Thüring. Art. 31. 79. Preuß. §. 63.)

5) Henke I. 278. n. 23. Bauer Abh. I. 441. Breidenbach I. 2. S. 309—311 (nicht genau genug). N. Rev. S. 585. n. 3.

6) N. Rev. S. 571. 572. Meine Schrift: Auerswald ꝛc. S. 63. Note. s. auch Roßhirt Entw. S. 266. 271—275. vgl. übr. schon das freilich im Ausdruck naive Wiener Stadtr. 1221. c. 29 (Gaupp II. 245).

7) Schon die Italiener waren getheilter Meinung, wiewohl die comm. opinio dafür war, bei der Ausführung des Komplotts auch nur durch Einen oder Einige allen Komplottanten die poena ord. aufzulegen. s. Farin. qu. 96. n. 18. 72. 73. Dagegen forderte Carpzov bereits positive Thätigkeit, mindestens Gegenwart bei der Ausführung (vgl. Berlich IV. concl. 11. n. 52). Andere wollten sogar auch hier nur den physischen Urheber des Erfolgs mit der poena ord. belegt wissen, z. B. Mod. Pistor. Cons. II, 30. qu. 3. n. 44. sq. 69. Viele behaupteten, die Vermuthung

gegenüber. Grolman (§. 34) erklärt jeden Theilnehmer an der Verabredung eo ipso (ohne alle physische Wirksamkeit, s. die scharfsinnige Bemerkung not. b.) des ausgeführten Verbrechens schuldig, ohne eine bestimmte Formel zu gebrauchen [1]). Feuerbach lieferte diese, indem er zugleich den Satz dem Prinzip der objektiven Kausalität gemäß wesentlich beschränkte. Er behauptete nämlich, jeder Mitverbündete, in Ansehung dessen die Erwartung der Uebrigen bis zu vollendeter That fortgedauert habe, sei als intellektueller Urheber des vollendeten Verbrechens zu betrachten, wenn er auch an dessen Ausführung sonst keinen thätigen Antheil genommen habe [2]). Damit war denn ein sehr richtiger und folgenreicher Gedanke ausgesprochen, zugleich aber das Prinzip der objektiven Kausalität in solcher Weise anerkannt, daß die Regel gleichwohl fast für alle Fälle praktisch unwirksam wurde, wo ein Theilnehmer nicht mindestens bei der Ausführung gegenwärtig ist [3]). Bei der zweideutigen Weise, in der hier das subjektive und objektive Moment gemengt erschien, war es kein Wunder, wenn bei der weit vorherrschenden Beachtung des letzteren das erstere mehr und mehr an Boden verlor [4]), bis endlich geradezu das Moment der intellektuellen Urheberschaft über Bord geworfen und der Begriff des Komplotts so gut als ganz aufgelöst wurde [5]). Richtig ist nun allerdings, daß die reine Anwendung des Begriffs der intellektuellen Urheberschaft auf das Komplott der Natur der Sache widerspricht und das Verhältniß des Komplottstifters zu den gemeinen Komplottanten in Verwirrung bringt [6]). Vielmehr liegt im Komplott als solchem eine wechselseitige Anstiftung und es ist daher jeder Komplottant als Anstifter eines oder mehrerer alias facturi zu betrachten [7]). Hiernach und zugleich darnach, ob

---

spreche gegen das Komplott, Berlich l. c. n. 54. (vgl. jed. Farin. qu. 96. n. 75. 76. u. bes. Clar. ib. cit.), und „gar keiner könne gestraft werden, si universitas homicidium perpetravit," s. Berlich n. 59 u. die dort Citt. Ueber die fernere Entwicklung der Deutschen Doktrin s. §. 104. Anm. 2.

1) Den praktischen Unterschied, ob die Passivität im Plan lag oder nicht, hat Grolman ganz richtig angedeutet.

2) Lb. §. 47. vgl. Cucumus N. Arch. XIV. 1—3. Bisini in Wagners Zeitschr. 1833. I. 318. Tittmann N. Arch. II. 376. Jcnull I. 177. 178. Kitka S. 132.

3) War freilich die Abhaltung von dieser Gegenwart eine unfreiwillige, so kann auch nach Feuerbach noch die Regel Platz greifen. Seine Entscheidung ist überhaupt nach einer Seite hin richtig, d. h. hinsichtlich der aus erklärter oder nicht erklärter Reue passiv Gebliebenen. Allein dieser Gesichtspunkt erschöpft das Verhältniß lange nicht, und durch die Forderung, daß die Erwartung des Beistands müsse erhalten geblieben sein, wurde das an die Spitze gestellte Prinzip der intellektuellen Urheberschaft verfälscht.

4) s. §. 104. Anm. 2. vgl. bes. Kleinschrod N. Arch. IV. 329 f. Roßhirt Entw. S. 266 f. (s. jedoch merkwürdige Lichtblicke S. 269). Bauer Abh. I. 443. Casse de auct. del. int. §. 14. Marezoll S. 189. 190. Heffter §. 86. n. 3.

5) Stübel Theilnahme §. 23—25. 46. Abegg S. 116. 117. N. Arch. 1841. S. 416. 417. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 165 f. 553 f. u. n. 1. 3 z. F. §. 47. Einen andern Sinn hat die Polemik von Ziegler S. 10. not. 1. Breidenbach I. 2. S. 299—301.

6) N. Rev. S. 578. 579 (wo jedoch die Ansicht von Grolman ungenau dargestellt ist). vgl. Ziegler u. Breidenbach a. a. O.

7) N. Rev. S. 578 u. jetzt auch Berner S. 426. 440. 441, wo die N. Rev. ohne Grund getadelt wird. Im Wesentlichen dieselbe Auffassung liegt bei Brei-

bei ausgeführtem Verbrechen der einzelne als thätig oder unthätig zu betrachten ist, richtet sich seine Strafbarkeit als Miturheber der Vollendung oder eines bloßen Versuchs.

§. 106.

Wird das verabredete Verbrechen infolge der Verabredung ausgeführt, so sind als Miturheber des vollendeten Verbrechens alle diejenigen zu behandeln, welche als wirksame Komplottanten anzusehen sind, d. h. alle diejenigen, welche plangemäß irgendwie thätig geworden oder plangemäß unthätig geblieben sind. Den gegen die Verabredung unthätig Gebliebenen (von der Ausführung ganz Weggebliebenen) ist das ausgeführte Verbrechen mindestens als versucht zuzurechnen, falls ihnen nicht der Grundsatz von der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs zu statten kommt (s. unt.). Dagegen bleibt der Anstifter des ganzen Komplotts auch dann, wenn er wider die Abrede unthätig blieb, für das vollendete Verbrechen verantwortlich, weil auf ihn als solchen der vorhin für die gemeinen Komplottanten angegebene Unterschied keine Anwendung leidet. Indessen ist die gleiche Strafbarkeit der als Miturheber des vollendeten Verbrechens zu behandelnden Komplottanten nur als Maßbestimmung anzusehen, innerhalb welcher den Einzelnen nach der Größe ihrer subjektiven und objektiven Verschuldung die relativbestimmte Strafe verschieden zugemessen werden kann und muß, sowie auch Anstifter, Rädelsführer und Anführer innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens mit höherer Strafe zu belegen sind, als gemeine Komplottanten. Ist die Ausführung des im Komplott beschlossenen Verbrechens durch Zufall vereitelt worden, so sind sämmtliche Theilnehmer wegen entfernten Versuchs zu strafen. N. Rev. §. 150.

1) Die hier über die als wirksam und als nicht wirksam zu behandelnden Komplottanten gegebene genauere Bestimmung (vgl. §. 105. Anm. 2. a. E.) war in der N. Rev. zu vermissen; ebenso aber freilich bei den meisten übrigen Bearbeitern der Lehre, welche die nichtwirksamen Komplottanten ohne Rücksicht auf den Grund ihrer Passivität gleich behandeln und wegen Versuch oder Beihilfe (unter Umständen auch wohl gar nicht) bestraft wissen wollen [1]. Auch die

---

denbach a. a. O. vor, obwohl er wiederholt dagegen kämpft. s. auch Goldtammer II. 37. 38, der aber gerade das punctum saliens nicht trifft.

1) s. z. B. Stübel Thatbest. §. 62. Quistorp §. 54. Tittmann I. §. 103. Henke I. 276. v. Schirach N. Arch. I. 531. Kleinschrod eb. IV. 331—342. Heffter §. 86. n. 5. Bauer Abh. I. 447. Ziegler S. 68. Kitka S. 134 f. Zachariä Versuch I. §. 37. s. dag. schon Grolman §. 34. not. b. Roßhirt Entw. S. 269—271. Cucumus im N. Arch. XIV. 6—9. Schwarze N. Arch. 1843. Beil.H. S. 52. Berner S. 426. 467. Zu weit nach der entgegengesetzten Seite geht Breidenbach I, 2. S. 301. s. dag. auch Goldtammer II. 36—40, der jedoch ohne festes Prinzip argumentirt u. die Gründe des passiven Verhaltens nicht hinreichend unterscheidet.

neueren Gesetzgebungen machen den erforderlichen Unterschied nicht. Das bair. GB. drückt einfach die Feuerbachische Ansicht aus [1]). Das hannövr. (Art. 60), abgesehen von der ungeschickten Fassung des Begriffs der Nichtwirksamen, wirft die beiden Fälle der Unthätigkeit ebenso zusammen, wie das wirtemb. (Art. 79. 81), hess. (Art. 77) und bad. (§. 129), stellt aber überdies auch den Fall hierher, wenn ein Nichtwirksamer seinen Rücktritt vor der Ausführung deutlich zu erkennen gegeben hat [2]). Dagegen ist diesen Gbüchern kein Vorwurf daraus zu machen, daß sie den fraglichen Satz auch auf den Fall anwenden, wenn ein Theilnehmer durch Zufall von der Leistung eines Beistandes oder Gegenwart bei der Ausführung abgehalten wurde [3]). Was der §. in dieser Beziehung vom Anstifter sagt, ist in den neuen Gbüchern richtig anerkannt. (Auch hier ist jedoch das bair. auszunehmen [4]).

2) Der Eintritt der Strafbarkeit aller Komplottanten als Miturheber setzt voraus, daß infolge eines ausdrücklich verabredeten oder stillschweigend mitgetheilten Plans das Verbrechen vollführt worden sei [5]).

3) Daß die gleiche Strafbarkeit aller wirksamen Komplottanten nicht absolut [6]), sondern nur in dem o. a. Sinne zu nehmen sei, ist in allen vorangef. neuen Gbüchern ausgesprochen [7]). Ebenso, was der §. über die höhere Strafbarkeit der Anstifter, Rädelsführer u. Anführer sagt (§. 105. Anm. 5).

4) Die Vollführung des Verbrechens kann beim bloßen Versuche stehen geblieben sein. Ist nun dies ein beendigter, so sind die (im rechtl. Sinn) wirksamen Komplottanten, sowie der Anstifter immer, wenn er auch unthätig blieb, wegen beendigten Versuchs zu strafen, die nicht wirksamen Komplottanten dagegen wiederum geringer. Ebenso, wenn nur ein nichtbeendigter Versuch vorliegt, erstere wegen dieses, letztere dagegen abermals geringer, übrigens immer höher,

---

1) es sieht bloß darauf, ob ein Theilnehmer die Andern bis zur Vollführung der That in der Erwartung seiner Mitwirkung gelassen (resp. diese Erwartung erfüllt) hat oder nicht. Art. 50. 53.

2) Leonhardt I. 265—269. Ueberdies ordnet es die Strafe des nicht beend. Versuchs an, während die übrigen Gbücher die des beendigten festsetzen.

3) A. M. Breidenbach I. 2. S. 324. Treffend ist hingegen die von ihm weiter gemachte Bemerkung (S. 324. 325). Das sächs. GB. Art. 37, das braunschw. §. 45, das thüring. Art. 35. nr. 1. nehmen beim nichtwirksamen Komplottanten (ohne den im §. gemachten Unterschied) ungleiche Theilnahme an.

4) weil es das Komplott überhaupt (auch bei gemeinen Theilnehmern) auf den Begriff der Anstiftung basirt. Eigenthümliche Unterscheidungen macht ohne Noth der neue sächs. Entw. Art. 56. 58 (der Satz 1 dieses Art. ist offenbar ungerecht).

5) Dadurch erledigt sich von selbst, was Berner S. 414 als ein besondres Ergebniß seiner Behandlung beibringt (s. auch S. 421).

6) Dies behaupten freilich Manche, so v. Schirach N. Arch. I. 524. dag. s. Kitka S. 132. 133. Tausch Rechtsfälle S. 121 f. Berner S. 458 f.

7) Wenn Leonhardt I. 264. 265 noch weiter geht u. selbst über die Strafrahmen auf- oder abzusteigen gestattet, so läßt sich dies nach dem GB. nicht wohl rechtfertigen. Anders verhält es sich dagegen allerdings nach dem bad. GB. §. 127. u. in eigenthümlicher Modifikation nach dem hess. Art. 80. Breidenbach I. 2. S. 337—341. vgl. sächs. GB. Art. 44. Weiß S. 173. 200 f. braunschw. §. 54. thüring. Art. 31. Eigenthümliche Abstufungen nach dem Grade der Mitwirkung macht das braunschw. GB. §. 43—45. Das wadtl. Art. 47 straft die Komplottanten als auteurs oder complices, je nachdem ihre Theilnahme an Beschluß oder Ausführung prinzipal oder accessorisch war.

als die bloße Eingehung des Komplotts [1]). — Ob nun freilich die bloße Eingehung für strafbar erklärt werden dürfe, ist bestritten [2]). Auf dem französischen Standpunkte, den die neuere Gesetzgebung in der Frage über den Versuch angenommen hat, erscheint allerdings die Bestrafung der bloßen Eingehung des Komplotts höchstens unter dem Gesichtspunkt einer ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlung [3]) gerechtfertigt [4]). Gleichwohl setzen die neuen Gbücher meist die Strafe (mindestens) des nichtbeendigten Versuchs an [5]). Nach althergebrachter deutscher Rechtsansicht ist betr. Falls entfernter Versuch anzunehmen.

5) Auch durch Beitritt zu einer von Andern geschlossenen Verabredung kann man noch Komplottant werden, falls man nur den animus eines Urhebers hat [6]). Hätten aber die Uebrigen bereits zu handeln angefangen und bereits einen Erfolg hervorgebracht, so ist dieser dem nun erst Hinzutretenden nur dann zuzurechnen, wenn — und nur soweit, als er die nothwendige Voraussetzung des nunmehr noch zu Verübenden bildet [7]).

§. 107.

Auch beim Komplott kann es leicht vorkommen, daß statt des verabredeten Verbrechens ein andres oder ein geringeres oder größeres, oder neben dem verabredeten — sei es als Mittel oder Folge — noch ein weiteres verübt wird. Solchenfalls versteht sich die Behandlung der Exzedenten von selbst. Dagegen müssen für alle übrigen Theilnehmer (für den Anstifter, wie für thätige oder unthätige Komplottanten), welche bei dem Exzeß nicht aktiv betheiligt

---

1) Hufnagel I. 169. 170. Breidenbach I. 2. S. 311. 325. Leonhardt I. 267. 268 (das hannövr. GB. droht im Art. 59 ebenso die Strafe des nichtbeend. Versuchs, wie in Art. 60, 2). Thilo S. 151.

2) Die Italiener bejahten die Frage wenigstens beim crim. maj. Farin. qu. 112. n. 144. 145. qu. 113. n. 104—116. qu. 116. n. 148 (abweichend Foller. ib. n. 149, nur modifizirend Boss. ib. n. 150), meistens aber überhaupt für crimina atrocia, wie homicidium rc. ib. qu. 124. n. 48. 49. Unbedingt bejaht wurde sie von Kleinschrod I. §. 179. Grolman §. 34. Tittmann I. §. 103. Henke I. 276 (?). Bauer Abh. I. 445. 446 rc., schwankend von Marezoll S. 190. n. 1. A. M. dag. Mittermaier Neuester Zustand S. 150. u. n. 6 z. F. §. 47. Cucumus N. Arch. XIV. 9—11. Berner S. 414—419. s. dag. auch Walther S. 51. 52.

3) Cucumus u. nach ihm Berner verlangen Verweisung in das Polizeistrafgesetz. Mittermaier scheint gänzliche Straflosigkeit zu wollen.

4) so im Wirt. GB. Art. 80 (vgl. d. Motive). s. jed. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 15.

5) Bair. GB. Art. 52 (?). (vgl. Anm. I. 170). Hannövr. Art. 59. Hess. Art. 76. Bad. §. 128. vgl. Oestr. GB. §. 9 u. Hye S. 256 (?). Sächs. GB. Art. 30 (neuer Entw. Art. 57). Thüring. Art. 28. Braunschw. §. 37. Preuß. §. 63. Bair. Entw. Art. 96.

6) Wirt. Motive S. 87. Hufnagel I. 162. III. 97. Hannövr. GB. Art. 57 (vgl. übr. Leonhardt I. 258—260). Breidenbach I. 2. S. 306. Sächs. Entw. Art. 49, 1.

7) vgl. den von Temme mitgetheilten Fall in der krim. Zeitung für Preuß. Jahrg. II. nr. 14. S. 109 ff. u. dazu Hufnagel III. 97. Berner S. 428—440. Keine der gegebenen Entscheidungen ist ganz richtig. s. auch Heffter §. 78. n. 2. (?)

sind, lediglich die im §. 100 c) aufgestellten Grundsätze zur Anwendung kommen.

1) Diese Frage findet sich in der neueren Doktrin theils ignorirt, theils mindestens ungenügend beantwortet (vgl. §. 100. Anm. 4), sofern nur einzelne Punkte aufgegriffen oder allzu abstrakte Unterschiede aufgestellt werden [1]).

2) Noch weit unglücklicher erscheinen meist die Versuche, welche die neueren Gesetzgebungen zu ihrer Lösung gemacht haben (§. 100. Anm. 5). Am wenigsten Bedenken erregt der Art. 82 des Wirt. GBs., der aber doch auch sehr unvollständig und nur theilweise richtig, resp. unbestimmt ist [2]). Das bair. GB. läßt die Frage ungelöst [3]). Das hannövrische (Art. 62) beantwortet sie ebenso ungenügend und unrichtig, als inkonsequent, und theilweise sogar unerklärlich [4]). Das bad. GB. §. 133 beschränkt sich bei dieser Frage, wie beim excessus mandatarii, auf den schwereren Erfolg und die Möglichkeit der Zurechnung zur culpa [5]).

§. 108.

Der Grundsatz der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs (§. 84. Anm. 3) kann beim Komplott nur ebenso auf modifizirte Weise in Anwendung kommen, wie im Falle des §. 101. Von selbst versteht sich dies von dem Anstifter des ganzen Komplotts. Es muß aber auch für die gemeinen Komplottanten gelten, weil die rechtliche Natur des Komplotts überhaupt auf dem Begriff der wechselseitigen Anstiftung beruht (§. 104). Da jedoch eben hiernach der gemeine Komplottant nur als Anstifter eines für sich Entschlossenen erscheint (s. §. 105. Anm. 7), so müssen die gemeinen Theilnehmer durch einfach erklärten Rücktritt straflos werden, was der Komplottstifter im gleichen Fall nicht wird. Gänzliche Straflosigkeit für Alle muß eintreten, wenn sie alle zusammen das Komplott freiwillig wieder aufgelöst haben. Gelingt es dagegen dem Anstifter nicht, die

---

1) s. z. B. Tittmann I. §. 103. not. h. i. Quistorp §. 54. not. f. u. Klein not. ††. Carrach rechtl. Urth. u. Gutachten n. 14. Cucumus im N. Arch. XIV. 14—17. Bauer Abh. I. 448. 449. Ziegler S. 74—76 (durcheinander). Breidenbach I, 2. S. 335. 336. Berner S. 471—473. Doch ist hier die richtige Bemerkung beigefügt, daß die Thätigkeit, soweit sie sich nicht auf die Verabredung zurückführen lasse, nicht selten auf zufällige Miturheberschaft werde zurückgeführt werden können.

2) Nicht richtig aufgefaßt bei Breidenbach S. 336. n. 2. Das Ges. 13. Aug. 1849 gestattet den Wirt. Gerichten, der richtigen Ansicht zu folgen, d. h. die allgemeinen Grundsätze über dolus, culpa ꝛc. anzuwenden; ebenso das hess. Gb.

3) Ungerechte und ungenügende Entscheidungen gaben dagegen die Anm. u. — wieder in andrer Weise — der Entw. Art. 44. vgl. die gute Ausführung von Arnold N. Arch. 1844. S. 190—195.

4) vgl. Leonhardt I. 273—277 mit Bauer Anm. I. 494 (?).

5) Ueber das östr. u. preuß. GB. gilt das §. 100. Anm. 5 Bemerkte; vgl. Hye S. 260—263. Ueber das sächs. GB. Art. 35., braunschw. §. 52., thüring. Art. 32. s. gleichfalls oben.

Uebrigen hiezu wirklich zu bewegen, so muß er wenigstens dann straflos ausgehen, wenn er rechtzeitige Anzeige bei der Obrigkeit macht. Unterläßt er dies, indem er bloß seinen Rücktritt erklärt, resp. die Uebrigen abmahnt, so bleibt er, wenn das Verbrechen zur Ausführung kam, stets noch wegen näheren oder entfernteren Versuchs verantwortlich. N. Rev. §. 151.

1) Wie im Falle des §. 101, so sind auch hier die Ansichten sehr verschieden. Nach der älteren Ansicht, die auch beim Komplott an dem abstrakten Prinzip der objektiven Kausalität hieng, scheint man auf den Rücktritt gar keine Rücksicht genommen zu haben, — es wäre denn etwa dem Rücktretenden gelungen, das ganze Komplott aufzulösen. Wenn nämlich das Verbrechen durch die Andern zur Ausführung kam, so dachte man sich unter den Ursachen immer noch den Willen des Abgetretenen mitenthalten, weil er doch einmal zur Begehung im Komplott mitgewirkt habe [1]), — wiewohl man ebensowohl sagen konnte, durch die trotz seines Austritts erfolgte Ausführung habe sich ergeben, daß sein Wille ein ganz unwirksamer Faktor gewesen, daher die Ausführung als aus einem neuen ohne ihn geschlossenen Komplott hervorgegangen anzusehen sei [2]). Nach Feuerbachs Auffassung kommt im Ganzen dasselbe Resultat heraus, da er jeden Komplottanten als Anstifter betrachtet, mithin jedenfalls für jeden wenigstens strengere Bedingungen hinsichtlich der Straflosigkeit des Rücktritts setzen muß. Dies ist aber unrichtig, da der Anstifter des Komplotts durchaus von den gemeinen Komplottanten unterschieden werden muß [3]). Bei den letzteren handelt es sich nur von wechselseitiger Anstiftung, die an sich nur für Versuch verantwortlich macht, weil zugleich jeder als alias facturus erscheint. Wenn daher von diesen einer seinen Rücktritt förmlich erklärt, so hat er den Grundsatz der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs vollkommen für sich, während dasselbe von dem Anstifter des ganzen Komplotts nicht gesagt werden kann [4]).

---

1) Daher wenigstens Versuchsstrafe. s. z. B. Böhmer Med. ad art. 148. §. 1. Stübel Thatbest. §. 62. 63. Tittmann I. §. 103. Kleinschrod I. §. 179. v. Schirach N. Arch. I. 531. 532. Cucumus eb. XIV. 11—14. 17—19.

2) s. schon Böhmer l. c., auch v. Schirach a. a. O., bes. aber Kleinschrod N. Arch. IV. 333 ff., der daraus die Straflosigkeit des aus Reue Zurücktretenden ableitet, und zwar selbst ohne ausdrückliche Erklärung des Rücktritts (vgl. auch das Urtheil bei Biener ad Püttmann §. 371. n. 40), freilich sehr willführlich, da dasselbe von allen nicht wirksamen Komplottanten gelten müßte. Ebenso aber Jenull I. 177. 178. n. i. und wörtlich hiernach Kitka S. 134. 135, der S. 136. 137 dann noch weiter geht, d. h. selbst den am Ort der That Erschienenen noch straflos werden läßt, wenn er sich vor Beginn des Akts noch anders besinnt (ohne es zu sagen) und weggeht, resp. sogar — als neugieriger Zuschauer dableibt (!). vgl. Knapp Erört. z. Wirt. Entw. I. 80. III. 49 f. Roßhirt Entw. S. 271. n. 1.

3) s. auch Kitka S. 134. n. ***. Cucumus a. a. O. Breidenbach I. 2. S. 330. Ungenau Ziegler S. 69—72.

4) Hätte Breidenbach den Nerv des Verhältnisses erkannt, so würde er, da er im Resultate wesentlich übereinstimmt, die wiederholten Ausfälle gegen das Prinzip der wechselseitigen Anstiftung unterlassen haben. Dagegen erkennt Berner dieses Prinzip an, aber nur um es in der Anwendung gänzlich zu mißverstehen. Denn, von dem Irthum ausgehend, daß auch die Anstiftung eines Fürsichentschlossenen volle Anstiftung sei, verliert er natürlich allen rechtlichen Boden, wo es gilt, die Komplottstiftung

Es ist aber eine solche förmliche Erklärung durchaus nöthig, weil ohne diese der Wille des betr. Individuums noch immer relativ (wie bei jedem Anstifter eines alias facturus) als in den Uebrigen fortwirkend gelten müßte. Auch muß die Erklärung vor dem Beginne der Ausführung geschehen sein, da nur so weit noch res integra (d. h. die Bedingung für die Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs) vorhanden ist. Bloßes Abmahnen der Genossen, Warnung des Bedrohten, Drohung mit Denunziation ꝛc. kann die förmliche Erklärung des Rücktritts zwar in ihrer Ernstlichkeit bestätigen, aber nicht ersetzen (wie dies neuere Gbücher aufgestellt haben) [1]. Die Erklärung des Rücktritts ist wesentliche Bedingung der Straflosigkeit für die nichtwirksamen Komplottanten namentlich auch in dem Fall, wenn die physisch wirksamen die Ausführung begonnen, aber den Versuch freiwillig wieder aufgegeben haben [2].

2) Die Bestimmungen der neueren Gesetzbücher über die fraglichen Fälle sind theilweise sehr abweichend. Nur in dem Einen Punkte stimmen (außer dem sächs. u. preuß.?) alle überein, daß ein freiwillig aufgegebenes Komplott für alle Theilnehmer straflos ist [3]. Die weiter möglichen Fälle sind dagegen meist nur unvollständig [4]) und mehrentheils nicht richtig entschieden. Namentlich ist theilweise der tiefgreifende Unterschied zwischen dem Anstifter und den gemeinen Komplottanten ignorirt. So z. B. erklärt das Bair. GB. Art. 53. beide nur dann für straflos, wenn sie rechtzeitig denunzirt haben [5]), unterscheidet sie aber doch wieder im Satz 2. Ebenso im Wesentlichen das Hannövr. Art. 61. j. 60 [6]). Das Wirt., Hessische, Braunschw. u. Bad. GB. dagegen

---

von der wechselseitigen Anstiftung der gemeinen Theilnehmer realiter zu unterscheiden. S. 474—480. Abgesehen von dem politischen Motive, dem er den meisten Raum giebt, ist seine Entscheidung vor Allem aus dem angef. Grunde fehlerhaft, aber auch außerdem deshalb, weil er (nach dem Vorgang von Kleinschrod, Kitka u. A.) auch noch bei den im Beginne der Ausführung gegenwärtigen Komplottanten (ja sogar beim Komplottstifter!) die Möglichkeit eines bloßen Versuch involvirenden Rücktritts gestattet, und andrerseits den vor der Ausführung ausdrücklich ausgeschiedenen gemeinen Komplottanten noch wegen Theilnahme am Komplott (was doch vorher für nicht kriminell erklärt ist!) und Nichtanzeige bestraft haben will! Aehnlich Goldtammer II. 41. 42 (jedoch, wie es scheint, eben nur für den Fall des Hochverraths).

1) vgl. auch Cucumus a. a. O. S. 17—19.

2) Dieser Punkt wird gewöhnlich übersehen. s. aber Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 1. Der Anstifter bleibt hier (vgl. §. 100. b)) trotz einer solchen Erklärung strafbar, jedoch nur in geringstem Maß, da ihm nur ein entfernter Versuch mit untauglichen Mitteln zur Last fällt; ebenso, wenn die Ausführung überall durch Zufall hintertrieben wird. A. M. Zachariä Versuch II. §. 268. Leonhardt I. 270. u. v. Bothmer Erört. II. 156.

3) Indirekt Bair. GB. Art. 52. Direkt Wirt. Art. 80. Hannövr. Art. 59. Braunschw. §. 69, 1. 2. Hess. Art. 76. Bad. §. 128. Thüring. Art. 28, 2. vgl. übr. Hufnagel III. 98. 99. 256. Anders der sächs. Entw. Art. 58, 1 (!?).

4) s. Anm. 1. a. E. u. Hufnagel III. 253. Not. 661 unt. (?) j. I. 172. Note. Das sächs. GB. berücksichtigt den freiw. Rücktritt allein für sich gar nicht. Art. 37. j. 85. 116.

5) vgl. Gans Beleucht. d. Hann. Entw. S. 183. Bauer Anm. II. 184. Breidenbach I. 2. S. 332. 333. Hepp N. Arch. 1849. S. 298—302. Hufnagel I. 172. Note.

6) Zur Straflosigkeit fordert es bei beiden Denunziation oder vollständige Verhinderung (? Art. 59). Bei bloßer Erklärung des Rücktritts behandelt es den Anstifter strenger. vgl. Oldenb. GB. Art. 75.

halten jenen Unterschied durchweg fest [1]). Allein um so weniger gerechtfertigt erscheinen die Bestimmungen aller dieser Gbücher hinsichtlich der gemeinen Komplottanten [2]). Denn im Fall der Ausführung des Verbrechens soll ihnen der zuvor ausdrücklich erklärte Rücktritt nicht zur Straflosigkeit, sondern nur zu geringerer Strafe verhelfen, — und zwar unter den verschiedensten Titeln, nämlich bald unter dem der Beihilfe [3]), bald unter dem des Versuchs [4]), bald unter dem vagen eines bloßen Minderungsgrunds [5]). Indessen sichern doch das Wirt., Hess. und Bad. GB. dem gemeinen Komplottanten auch ohne Denunziation dann Straflosigkeit zu, wenn er nicht nur rechtzeitig seinen Rücktritt erklärt, sondern auch, so viel an ihm lag, die Genossen abgemahnt, resp. zur Verhinderung der Ausführung oder des Erfolgs gewirkt hat [6]). Hinsichtlich des Satzes, daß rechtzeitige [7]) Denunziation dem Anstifter, wie dem gemeinen Komplottanten Straflosigkeit erwirke, stimmen das Wirt., Braunschw. u. Hess. GB. mit dem Bair. u. Hannövr. überein [8]). Das Bad. GB. setzt dagegen diesfalls bei dem Anstifter mit Recht voraus, daß ihm vorherige Abmahnung der Genossen nicht gelungen oder ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei [9]). — Bestand ein Komplott nur aus zwei Personen, so gelten für den rücktretenden Anstifter nicht die Grundsätze des obigen, sondern die des §. 101, wenn die Ausführung infolge hievon unterblieben ist [10]).

1) Zu viel des Guten thut aber Breidenbach S. 330 ob. Ignorirt ist er wieder im sächs. Entw. vgl. dag. das sächs. GB. Art. 85. 116. das thüring. Art. 81.

2) N. Rev. S. 590. 591. vgl. Zachariä a. a. O. Bauer Abh. I. S. 446. Breidenbach S. 330. n. 2. A. M. Cucumus a. a. O. S. 6—8 (?) Berner S. 478.

3) Bair. GB. Art. 53. vgl. Bauer Abh. I. 447. Sächs. Entw. Art. 56.

4) Wirt. GB. Art. 81. Hess. Art. 78. Bad. §. 130. vgl. Braunschw. §. 51, doch wird hier der Anstifter u. Komplottant frei, wenn nach seinem Rücktritt das Verbrechen gleichwohl — aber nicht infolge seiner Anstiftung oder Zusage zu Stande kam.

5) Hannövr. GB. Art. 60. Dagegen läßt das thüring. GB. Art. 35. nr. 1. den Komplottanten (auch den Anstifter) bei freiwill. Rücktritt überhaupt straflos; — (nur wegen Nichthinderung kann er strafbar werden) vgl. aber Art. 79!

6) Wirt GB. Art. 81. Hess. Art. 78. Bad. §. 131. vgl. Mittermaier Neuster Zustand rc. S. 152. n. 25. Cucumus a. a. O. S. 17—19. u. die (nicht ganz genaue) Ausführung bei Hufnagel III. 661. Nach dem sächs. Entw. nur, wenn infolge der positiven Abmahnung das Verbrechen wirklich unterblieben ist (Anstifter wie gem. Komplottanten!).

7) Hierüber ist in Hannover Streit. s. v. Bothmer Erört. II. 157. 158. Dag. Leonhardt I. 271.

8) Wirt. Art. 83. Braunschw. §. 69, 3. Hess. Art. 79. In Wirt. hatten die Stände sehr, doch ohne Erfolg, gegen die Einführung der agents provocateurs sich gestemmt. vgl. Mittermaier n. 7. z. F. §. 47. Hufnagel I. 171. Not. *. Sächs. Entw. Art. 58, 2. (hier wird der Anstifter auch durch wirksame Abmahnung frei). Das sächs. GB. Art. 85. 116. u. das thüring. Art. 81 lassen den Anstifter nur geringer bestrafen. Nach dem preuß. GB. §. 63 macht keine Art von Rücktritt ganz frei. Goldtammer II. 40—42. (?) s. §. 105. Anm. 5.

9) §. 131. 132. Das Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 14, 2. fordert zwar keine Denunziation, wohl aber Erklärung des Rücktritts und möglichste Abmahnung; — und zwar gleichmäßig für den Anstifter, wie für den gemeinen Komplottanten, welchenfalls sie straflos werden, auch wenn das Verbrechen gleichwohl zur Ausführung kam (!).

10) s. die Bemerkung (von Uhland) in den Wirt. Vhdl. Hufnagel I. 167. 168. vgl. III. 98. 662. In Hessen wird der Satz durch die falsche Fassung des Art. 72 unpraktisch. Breidenbach I. 2. S. 331. n. 3.

3) Bande.

§. 109.

Die Bande ist die Vereinigung mehrerer Personen zur wiederholten Begehung gleichartiger oder verschiedenartiger, zum Voraus noch nicht im Einzelnen bestimmter Verbrechen, sei es auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Sie bildet mithin (§. 102) eine Verbindung der beiden vorigen Formen der Miturheberschaft, so jedoch, daß sie diese in die Allgemeinheit des letzten Grundes ihrer rechtlichen Eigenthümlichkeit vertieft und damit eine spezifische Begehungsweise von Verbrechen wird. Die rechtliche Bedeutung der Miturheberschaft besteht nämlich wesentlich darin, daß durch die Einheit der Absicht die Solidarität des physischen Benehmens vermittelt wird. Bei der zufälligen Miturheberschaft ergreift dieses Prinzip nur wirkliche physische, auf die Eine Absicht bezügliche Akte, weil der Zufall hier noch das subjektive Moment begrenzend bestimmt. Dagegen tritt es auf bewußte Weise ausgesprochen im Komplott hervor, weshalb denn hier die physische Thätigkeit ihre primäre Bedeutung verliert und diese ganz auf die subjektive Seite übergeht. Bei der Bande erweitert sich die Einheit der Absicht zu der Einheit einer alle ihr entsprechenden besondern Verbrechen umfassenden Generalabsicht, wobei jedoch für die Zurechnung sich (abweichend vom Komplott) eine eigenthümliche Regel daraus ergiebt, daß es sich hier stets um die Begehung im Einzelnen nicht vorher bestimmter Verbrechen handelt. Die Vereinigung in eine Bande bildet die höchste und strafbarste Stufe der Betheiligung am Verbrechen überhaupt, sofern sie eine dauernde Organisation zur gewerbsmäßigen, bei jeder passenden Gelegenheit zu wiederholenden Begehung einer unbestimmten Mehrheit im Besondern voraus nicht bestimmter Verbrechen darstellt [1]).

1) Die spezifisch verbrecherische Eigenthümlichkeit der Bande im Gegensatz zum Komplott liegt darin, daß das Komplott noch immer als ein verbrecherischer Einzelakt sich darstellt, während die Bande ein Ausdruck verbrecherischer Gewohnheit, der Absicht gewerbsmäßiger Begehung von Verbrechen ist, indem hier ein mit einer unbestimmten Mehrheit je bei eintreffender guten Gelegenheit zu begehender Verbrechen schwangerer Generalentschluß vorliegt. Daher unterscheidet sich von der Bande wesentlich ein Komplott zu mehreren voraus bestimmten und hiermit abgeschlossenen Verbrechen, sowie ein Komplott zu Begehung eines fortgesetzten Verbrechens [2]).

---

1) Tittmann I. §. 103. v. Schirach N. Arch. I. 518. 519. Cucumus eb. XIV. 20 f. Bauer Anm. I. 496--499. Abh. I. 449—453. Kitka S. 138. 139. Berner S. 482 ff.

2) vgl. auch Hufnagel StrafGb. m. Anm. S. 181. not. 3.

2) Wie die Doktrin, so hat auch die Gesetzgebung bis auf die neuere Zeit die spezifische Natur des Bandenwesens nicht aufgefaßt. Die P.G.O. enthält nichts darüber. Wenn dagegen der Ausdruck: Bande in späteren Gesetzen vorkommt, so zeigt sich zugleich, daß man zwischen Komplott und Bande noch keinen Unterschied zu markiren, sondern höchstens willkührlich streng durchzufahren wußte [1]). Erst neuere Gbücher haben die Vereinigung zur Bande neben dem Komplott als spezifische Form der Theilnahme hervorgehoben, nicht immer auf glückliche Weise [2]).

§. 110.

Die Strafbarkeit der Bande unterscheidet sich in Beziehung auf die einzelnen Theilnahmeverhältnisse wesentlich von der für das Komplott bestehenden Regel. Das im Komplott begangene Verbrechen ist jedesmal ein von allen Theilnehmern bestimmt gewußter und gewollter Einzelakt, daher die Strafbarkeit der Einzelnen nach einem bestimmten Typus abmeßbar. Dagegen fehlt es gerade an einem solchen bestimmten Typus bei der Bande. Wenn daher schon die Vereinigung zur Bande unzweifelhaft ebenso als entfernter Versuch für strafbar erklärt werden muß, wie die Eingehung des Komplotts, so läßt sich doch hiefür kein so bestimmter Maßstab festsetzen, sondern es muß ein Durchschnitt nach dem Umfang und der Art und Größe der in die Vereinigung aufgenommenen Verbrechen gemacht werden, wobei denn natürlich der Anstifter wieder relativ höher zu strafen ist, als die gemeinen Theilnehmer. Entwickeln sich aber sofort aus dem allgemeinen verbrecherischen Grunde einzelne bestimmte Verbrechen, so ist zuvörderst a) klar, daß eine direkte Mitverantwortlichkeit der Bandenmitglieder überall nur hinsichtlich solcher Verbrechen eintreten kann, welche in dem Programm der Vereinigung enthalten sind, wodurch bei etwaigen Erzessen die Mithaftung der bei dem Erzeß ursprünglich Nichtbetheiligten, namentlich des Anstifters, nach den allgemeinen Grundsätzen über dolus, luxuria, culpa und nach Analogie von §. 100. c) §. 107. nicht ausgeschlossen wird. Sind aber b) solche Verbrechen begangen worden, welche in den Umfang des Generalentschlusses gehören, so sind diese stets wieder als aus einem besondern Entschlusse hervorgegangen zu betrachten,

---

1) s. z. B. Cod. Maxim. I. c. 2. §. 20. Kursächs. Konstitutionen u. Mandate bei Stübel Thatbest. §. 66. Preuß. Cirk. VO. 26. Febr. 1799. §. 26. vgl. LR. II, 20. §. 1209—1217. (Uebrigens war in den preuß. Gesetzen das Moment der Gewerbsmäßigkeit ganz richtig signalisirt.)

2) Bair. GB. Art. 54—56. Hannövr. Art. 63—65. Hess. Art. 81. 82. — Code pén. art. 265—268. — Wirt. GB. Art. 185—188. Bad. §. 482. 483. — Sächs. GB. Art. 30. 163. 171. Thüring. Art. 28. 224. vgl. 152. 161. — Braunschw. §. 38. vgl. Breym. S. 199. 200. — Preuß. §. 218. nr. 8. 232. nr. 2. — Neuer sächs. Entw. Art. 57. — Bair. Entw. Art. 274. nr. 6.

aber aus einem Entschlusse, der seine Wurzel in dem ursprünglichen Generalentschlusse hat. Daraus folgt, daß sie, seien sie nun von Einzelnen oder von Mehreren ausgeführt, stets höher bestraft werden müssen, als wenn sie verbrecherische Einzelakte wären. Es folgt aber zugleich, daß, wenn solchenfalls Mehrere zusammen thätig werden, niemals mehr die Grundsätze über zufällige Miturheberschaft, Beihilfe, Begünstigung ꝛc., sondern nur die Grundsätze über das Komplott zur Anwendung kommen können. Eben aber weil die einzelnen Verbrechen zwar als mittelbare Ausflüsse des Generalentschlusses, ebensowohl aber als Erzeugnisse eines besonderen Entschlusses anzusehen sind, so können c) die bei einem solchen besondern Entschlusse und seiner Ausführung nicht betheiligten Mitglieder für diese keineswegs in dem Maße verantwortlich gemacht werden, wie unthätig gebliebene Mitbeschließer eines bestimmten Verbrechens. Andrerseits können sie jedoch infolge des Generalentschlusses auch nicht ohne Verantwortlichkeit bleiben. Es ist daher auch hier eine Versuchsstrafe anzusetzen, deren Maß aus dem Programm der Bande durchschnittlich zu nehmen ist. Hievon tritt eine Abweichung nur bei dem Oberhaupte der Bande ein, welches alle infolge seines Auftrags verübten besondern Verbrechen, auch wenn es unthätig blieb, als Urheber zu verantworten hat [1]).

1) Als eine eigenthümliche und zugleich allgemeine Form der Theilnahme ist die Bande, freilich im Einzelnen sehr abweichend, im bair. [2]), hannövr. und hessischen GB. anerkannt; hieran schließt sich das braunschweigische, das jedoch bei der Bedrohung der Eingehung einer solchen Verbindung stehen bleibt und — im größten Mißverhältnisse hiemit — für die wirklich von den Bandengenossen entwickelte Thätigkeit die allgemeinen Grundsätze für ausreichend erklärt. Jedenfalls zeigen diese Gbücher eine mehr oder weniger klare Vorstellung über das eigenthümliche Wesen der bandenmäßigen Begehung von Verbrechen. — In mehrfacher Beziehung abweichend sind der C. pénal, das wirt. und bad. GB., sofern sie theils die Bande auf besondere Gattungen von Verbrechen in willkührlicher Abgrenzung beschränken [3]), theils den ebenso falschen, als praktisch folgenreichen Gesichtspunkt aufstellen, daß schon die Stiftung und Eingehung einer Bande an sich als besondres Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit zu

---

1) Fälle bei Werner S. 604—635. Berner (aus Hitzigs Zeitschr. XI.) S. 503 f. Bauer Strafrechtsfälle I. nr. 6.

2) Die Mot. zum bair. Entw. erklären die Bande kurzweg für eine Art des Komplotts.

3) Hélie V. 1—17. Der Code verlangt eine association dirigée contre les personnes ou les propriétés. Das Wirt. GB. nennt a) Mord, Brandstiftung, Raub, b) Münzverbrechen, Fälschung von Kreditpapieren, Diebstahl, Betrug, Zerstörung fremden Eigenthums, Wilderei. Das badische Raub, Fälschung, Diebstahl, Betrug. Thilo S. 403 (?). Uebrigens enthalten auch das bair., hannövr. und hess. GB. eine ungerechtfertigte Limitation auf „Verbrechen derselben Art oder Gattung". Richtiger das braunschw. GB. §. 38. Dagegen wieder der sächs. Entw. Art. 57.

behandeln sei [1]). Nur freilich legt der Code hiebei das Hauptgewicht auf die förmlich organisirte Disziplin eines größeren Vereins, während die deutschen Gbücher eine Anzahl von 3 Personen genügen lassen [2]). Immerhin blickt jedoch auch in diesen Gbüchern ein richtiges Bewußtsein über die spezifische Natur der Bande im Unterschiede vom Komplott hindurch [3]). — Dagegen verwischt sich diese Natur mehr oder weniger im sächs., thüringischen und preuß. GB., und zwar ganz und gar im ersteren, während das zweite wenigstens im Art. 224 das Richtige trifft, das dritte aber zum Mindesten im Ausdruck sehr unglücklich ist [4]).

2) Gerade der erste und wesentlichste Grundsatz, daß auf die Bande die vom Komplott geltenden Grundsätze nicht, mindestens nicht unmittelbar anzuwenden sind [5]), wird vom bair., hannövr. und hessischen GB. von vornherein auf den Kopf gestellt, zum Glück ohne Konsequenz.

3) Daß die Eingehung einer Bande eben wie die Eingehung eines Komplotts als entfernter Versuch zu bestrafen ist [6]), leidet keinen Zweifel. Aber es tritt hier dem Komplott gegenüber die Schwierigkeit ein, daß kein bestimmter Anhaltspunkt für die Bemessung der Versuchsstrafe vorliegt. Da es sich nun hier stets um eine Mehrheit noch unbestimmter Verbrechen derselben oder verschiedener Gattung handelt, so erscheint der Gerechtigkeit nur eine Durchschnittsbestimmung angemessen [7]). Die neuen Gbücher erkennen dies jedoch nicht an. Das bairische hebt die bloße Eingehung nicht einmal eigens heraus. Das hannövr. und braunschw. legen die schwerste Art der verabredeten Verbrechen zu Grund. Das hessische GB. setzt dagegen ganz geringe Strafen fest. Ebenso willkührlich erscheinen — nur nach andrer Seite hin, — die Strafen des Code pénal, des wirt. und bad. GBs. Indessen liegt bei diesen der Grund eben nur in der falschen Auffassung der Vereinigung zur Bande überhaupt als eines eigenen Verbrechens gegen die securitas publica; und, wenn hiezu die zweite Unrichtigkeit kommt, daß folgerichtig das infolge der Eingehung der Bande wirklich Verübte als weiteres selbständiges, mit dem Verbrechen der Eingehung der Bande konkurrirendes Verbrechen bestraft werden muß, so liegt doch eine so abentheuer-

---

1) Die Folge davon ist im Wirt. und Bad. Recht eine Zusammenrechnung der Strafen des Versuchs mit dem vollendeten Verbrechen, während im französ. Recht diesfalls der Grundsatz: poena major absorbet minorem eintritt. Hélie V. 9. 10. Lächerliche Uebertreibungen s. bei Hepp Staatsverbr. S. 259—261.

2) Hélie p. 5. 6 und Carnot ib. cit.

3) s. bes. die Motive des Code bei Hélie p. 6 (vgl. übr. p. 7).

4) vgl. Weiß S. 475. Thüring. GB. Art. 224. Beseler S. 152—154. 426. 445 (?). Goldtammer II. 486. 487. j. I. 284. 287. 290. 295. 332. 333. Ebenso der bair. Entw. Art. 274, 6.

5) Bauer Anm. I. 496—498. Cucumus N. Arch. XIV. 20 ff. Breidenbach I. 2. S. 343—352. Leonhardt I. 280—285. v. Bothmer Erört. I. 123 ff.

6) A. M. Berner S. 495—497, der auch hier bloß polizeiliche Bestrafung zugiebt. vgl. Cucumus a. a. O. S. 21—23, der freilich inkonsequent ist. Ganz ungehörig ist der Gesichtspunkt der Beihilfe im bair. GB. Art. 56.

7) Bauer und Cucumus wollen die Rechnung nach dem schwersten der in der Verabredung gelegenen Verbrechen gemacht wissen; dies ist jedoch ebenso unrichtig als die Berechnung nach dem geringsten. Sollte es sich freilich (was aber schwerlich praktisch ist) um eine Bande handeln, die alle möglichen Verbrechen in ihr Programm aufnimmt, so erschiene der Vorschlag von Cucumus S. 36. Art. 4 als der treffende.

liche Konsequenz keineswegs in der Auffassung, wie sie das bair., hannövr. und hess. GB. zeigen [1]). Gerade wenn die Eingehung der Bande unter den Begriff des Versuchs gestellt wird, fällt diese widersinnige Zusammenrechnung weg; dann liegt aber auch kein Grund vor, den Versuch (die bloße Eingehung) willkührlich ohne alle Rücksicht auf den Inhalt der Verabredung mit den geringsten Strafen zu bedrohen.

4) Was im §en unter a) angeführt ist, bedarf nach allem Bisherigen keiner weiteren Ausführung [2]). Die spezifische Natur der Bande hat damit so wenig zu thun, als die des Komplotts. Dagegen stehen die unter b) und c) aufgestellten Grundsätze wesentlich unter dem Begriff der Bande als solchen. aa) Daß die von einzelnen oder mehreren Bandemitgliedern dem Zweck der Bande gemäß ausgeführten Verbrechen schon an sich eben als bandenmäßige Verbrechen verhältnißmäßig höher gestraft werden müssen, ist mehrfach anerkannt [3]); bb) ebenso, daß die Bandemitgliedschaft als solche die sonstigen Formen der Theilnahme, Begünstigung, Beihilfe, zufällige Miturheberschaft, infolge des vorliegenden Generalentschlusses stets zum Komplott erhebt [4]); cc) die schwierigste Frage ist die im §. unter c) aufgeführte. Zunächst nämlich sind die einzelnen strafbaren Akte der Bandengenossen nicht unmittelbare, sondern durch besondere Entschlüsse vermittelte Produkte des Allen gemeinsamen Generalentschlusses. Daraus folgt, daß das unthätig gebliebene Bandenmitglied in Beziehung auf solche Einzelverbrechen oder Komplotte nicht sofort dem unthätig gebliebenen Komplottanten gleichgestellt werden kann [5]). Gleichwohl kann es auch nicht aller Verantwortung dafür entgehen, weil die betr. Akte jedenfalls mittelbare Ausflüsse des gemeinsamen Generalentschlusses sind. Diese Einsicht zeigen alle neueren Gesetzgebungen, suchen aber auf sehr verschiedene Weise zu helfen. Das franz., wirt. und badische GB. fertigen die bei einzelnen Akten unthätig gebliebenen Mitglieder

1) Daher sind die Bedenken bei Breidenbach S. 349 f. ganz überflüssig. vgl. Hélie V. p. 9. 10.

2) Sehr ungeschickt und überdies ganz unvollständig ist der Fall im hannövr. GB. Art. 64 abgemacht.

3) Bauer Anm. I. 496. Hepp Staatsverbr. S. 254. v. Schirach im N. Arch. I. 518. 519. Tittmann I. §. 103 a. E. Berner S. 499. A. M. Cucumus a. a. O., weil er die Eingehung der Bande an sich als eigenes Verbrechen auffaßt und sofort zu den Grundsätzen von der Konkurrenz greifen muß, wie das franz., wirtemb. und badische GB. Dieser falschen Auffassung folgt auch das hessische GB. s. Breidenbach I. 2. S. 349—351. (s. übr. Art. 366, wo sehr sporadisch das Richtige gesagt ist). Das bair. GB. (A. M. Breidenbach a. a. O. n. 5) faßt die Frage gar nicht eigentlich auf. Das Richtige enthält das hannövr. Art. 63. vgl. 294. 317. 326. 330. s. jed. auch die sehr treffende Bemerkung von Bauer Abh. I. 452. 453. und Cucumus S. 38.

4) Cucumus a. a. O. S. 24. 25. Berner S. 499. Breidenbach S. 347. Bair. GB. Art. 55. Hess. Art. 81, 3. Hannövr. Art. 64 (geht zu weit. vgl. Art. 60. 2. Leonhardt I. 283). Nicht damit zu verwechseln sind die Bestimmungen einiger Gbücher über erhöhte Strafbarkeit bloßer (nicht zur Bande selbst gehörigen) Gehilfen und Begünstiger. Code art. 268 (Hélie V. p. 11 sq.). Wirt. GB. Art. 188.

5) Richtig, aber abstrakt herausgehoben bei Kitka a. a. O. Tittmann I. §. 103. not. m. (der sich mit Unrecht auf das bair. GB. beruft) und bei Berner S. 499. Tittmann will dann doch wenigstens die betr. Personen wegen bloßer Mitgliedschaft bestraft wissen.

einfach mit der Strafe der Eingehung der Bande an sich ab [1]). Der nahe liegenden Einwendung [2]), daß durch wirkliche dem Generalentschlusse entsprechende Thätigkeit der in der bloßen Eingehung der Bande liegende Versuch absorbirt werde [3]), begegnen sie durch den weiteren kühnen Griff, daß sie eben die bloße Versuchsqualität der einfachen Eingehung der Bande läugnen und hieraus ein eigenes Verbrechen gegen die securitas publica machen. Nur freilich ändern sie damit die Natur der Dinge nicht; sie begehen die große Ungerechtigkeit, die Strafe des Versuchs zu der Strafe der Vollendung zu addiren [4]), womit sie freilich hinsichtlich der ganz unthätig gebliebenen Mitglieder sich leicht aus der Schlinge ziehen, dafür aber die thätig gewordenen um so willkührlicher behandeln. Von dieser Willkührlichkeit haben sich das bair. und hannövr. GB. frei gehalten. Sie erklären die Bandengenossen zunächst als Miturheber strafbar für alle besondern Verbrechen, wobei sie irgendwie mitgewirkt haben [5]), dagegen als Gehilfen oder wegen Versuchs für alle, bei denen sie unthätig geblieben sind [6]); — das Letztere erscheint als das Angemessenere. Einen absoluten Widerspruch hat sich dagegen der Eklektizismus des hess. GBs. aufgeladen. — Was am Schlusse des §. über den Anstifter der Bande bemerkt ist, findet sich im bair., hannövr. und hess. GB. auffallender Weise ganz und gar ignorirt, was sich freilich aus dem gänzlich mangelhaften Bewußtsein über das Verhältniß zwischen Komplott und Bande erklärt [7]). Ein prekärer Ersatz ist es, wenn das franz., wirt. und bad. GB. den Anstifter wenigstens wegen Eingehung der Bande mit schwererer Strafe bedenken. Denn damit ist eben die wesentliche Frage ganz umgangen.

5) Welche Folgen der freiwillige Rücktritt bei der Bande habe, wird mehrfach ignorirt oder ungenügend beantwortet [8]). Vorerst sollte darüber kein Zweifel sein, daß alle straflos werden, wenn vor Begehung eines Verbrechens die ganze Bande sich freiwillig wieder auflöst [9]). Dies erkennen jedoch diejenigen Gbücher nicht an, welche schon in der Eingehung der Bande ein vollendetes Delikt sehen [10]);

---

1) Ebenso Cucumus S. 26.

2) Bauer Abh. I. 450. Note. Hepp Staatsverbr. S. 259—261. Zwar könnte dieser Einwendung durch eine Argumentation begegnet werden, wie sie sich bei Breidenbach I. 2. S. 350 findet; aber doch nur scheinbar, da es unläugbar bleibt, daß der in der bloßen Eingehung der Bande liegende Versuch sofort Versuch zu sein aufhört, sobald sich der, wenn auch unbestimmte Generalentschluß in irgend ein ihm angemessenes bestimmtes Verbrechen zu entladen beginnt.

3) Cucumus S. 25. 26. Das hier geltend gemachte Mißverhältniß verschwindet bei der Betrachtung, daß der hohe Gefahr drohende Versuch, indem er sich zu geringfügigen Thaten entlädt, seine Gefährlichkeit selbst abstreift.

4) s. übrigens Anm. 1. vgl. Hufnagel I. 488. 489. III. 233 (der von ihm angeregte Gesichtspunkt der Fortsetzung des Verbrechens ist scharfsinnig, aber nicht haltbar. vgl. Breidenbach I. 2. S. 350. n. 3).

5) Ueber die Anstände, die hier nach dem hannövr. GB. entstehen, s. Leonhardt I. 282—284.

6) Bair. GB. Art. 55. 56. Hannövr. Art. 64. 65. vgl. Bauer Abh. I. 451. 452.

7) vgl. Breidenbach S. 347. Berner S. 500. Bauer Abh. I. 451. Cucumus S. 28. 29.

8) ersteres z. B. von Berner, letzteres von Bauer Abh. I. 452.

9) Cucumus S. 31. 32.

10) so bes. das Wirtemb. und das Badische, aber auch das Hessische,

wohl aber das bair. (Art. 56 j. 52. 53) und hannövrische. Hat dagegen nur ein einzelner Genosse (Anstifter oder gemeiner Theilnehmer) seinen Sinn geändert, so kann dies überall nur ihm selbst zu Statten kommen [1]). Natürlich genügt aber hier beim Anstifter, sowenig als im Fall des Komplotts (§. 108), die einfache Erklärung des Rücktritts, resp. Abmahnung der Genossen. Dies genügt hier sogar nicht einmal bei dem einzelnen Theilnehmer, weil es sich hier nicht bloß um den Versuch eines oder mehrerer bestimmten Verbrechen, sondern um die Theilnahme an einer zur Begehung von Verbrechen auf die Dauer organisirten Gesellschaft handelt, daher der in dem Generalentschlusse zur Bande liegende Versuch nicht auf die einfache Weise rückgängig gemacht werden kann, wie der in der Eingehung des bloßen Komplotts gelegene. Hier ist also zur Straflosigkeit durchaus Anzeige an die Obrigkeit erforderlich [2]). Auch dies setzt jedoch voraus, daß noch keine bestimmten strafbaren Akte aus dem Schooße der Bande hervorgegangen seien (mit oder ohne Mitwirkung des Betreffenden) [3]). Hier kann die Anzeige bloß Strafmilderung bewirken [4]).

Drittes Kapitel.

Begriff oder allgemeiner Thatbestand des Verbrechens.

§. 111.

Inhalt und Form des Verbrechens zusammen bilden seinen Begriff oder allgemeinen Thatbestand (§. 4), d. h. den Inbegriff derjenigen Momente, welche im einzelnen Fall vereint vorhanden sein müssen, wenn überall von einem Verbrechen die Rede sein soll. Natürlich tritt aber dieser Begriff oder allgemeine Thatbestand als solcher, d. h. in seiner Abstraktion niemals in die Wirklichkeit,

obwohl es sich in der ganzen Frage eklektisch durch die Klippen zu winden strebt. Breidenbach S. 351. 352.

1) A. M. Cucumus S. 32. 33, jedoch nur aus kriminalpolitischen Gründen, deren rechtliche Haltbarkeit er selbst bezweifelt.

2) Bauer Abh. I. 452. Cucumus S. 33. 34., der aber auch hier eine ungerechtfertigte Unterscheidung macht. Bair. GB. Art. 56. j. 53, 2. (Strafe der Beihilfe). Hannövr. Art. 65 (Versuchsstrafe).

3) s. Cucumus S. 34 oben. Anders das hannövr. GB. Art. 65, welches auch hier den Anzeigenden straflos läßt, wenn er nur selbst an den betr. Akten nicht Theil genommen hatte. Leonhardt I. 285. n. 7. Unklar ist das bair. GB. Art. 56, scheint aber dasselbe sagen zu wollen, wie das hannövrische.

4) Das bad. GB. übergeht die ganze Frage. Das wirt. und hessische helfen sich damit, daß sie dem Anzeigenden die auf die bloße Eingehung der Bande gesetzte Strafe erlassen. Hat er bei bereits begangenen verbrecherischen Akten mitgewirkt, so verfällt er der Strafe hiefür; wäre er dabei unthätig geblieben, so geht er straflos aus, weil nach diesen Gbüchern die Strafe der unthätig gebliebenen Bandegenossen in der Strafe der Eingehung der Bande aufgeht (dabei kommt dann offenbar der Anstifter viel zu leicht weg!).

sondern immer nur in der Besonderung zu einer bestimmten Verbrechensart (§. 31. 33), und auch innerhalb dieser Grenze nur wieder in der Verkörperung zu einer einzelnen, individuell bestimmten That. Der Inbegriff derjenigen Momente nun, welche abgesehen von dem allgemeinen Thatbestand des Verbrechens überhaupt vereint vorhanden sein müssen, damit ein Verbrechen von bestimmter Art angenommen werden könne, bildet den besondern Thatbestand dieser Verbrechensart, in welchem sich übrigens natürlich stets nur eine bestimmte Spezialisirung der Momente des allgemeinen Thatbestandes darstellt. Beiderlei Momente aber, die des allgemeinen, wie die des besondern Thatbestandes, sind wesentliche Bestandtheile. Den Gegensatz dazu bilden die der individuellen Gestaltung des einzelnen Falls angehörigen außerwesentlichen Bestandtheile des Verbrechens, welche nicht den Begriff des Verbrechens überhaupt oder einer bestimmten Verbrechensart bedingen, wohl aber auf die Strafbestimmung im einzelnen Falle Einfluß haben. N. Rev. §. 7 [1]).

1) Ein Hauptgrund der Verwirrung, die noch immer in der Lehre vom Thatbestand herrscht [2]), liegt in der zwar aus der älteren Dogmengeschichte erklärbaren [3]), aber unbegreiflicher Weise noch heute theilweise fortwuchernden Verwechslung des so einfachen strafrechtlichen Begriffs vom Thatbestande des Verbrechens mit einem strafprozessualischen Wechselbalge dieses Begriffs, darin bestehend, daß behufs irgend welcher Zwecke des inquisitorischen Prozesses willführlich ein irgendwie größerer oder kleinerer Bruchtheil der im Begriff des Verbrechens überhaupt oder eines bestimmten Verbrechens enthaltenen Momente zusammengeklaubt und mit der Bezeichnung: corpus delicti (Thatbestand) versehen wurde [4]). Ueberhaupt sind mehrfach noch irrige Auffassungen dieses Begriffs

1) Claus de natura del. 1794. Haensel de nat. del. obs. 1810. Kleinschrod im A. Arch. III, 1. S. 38 f. Stübel de perversa interpret. legum crim. in constituendo quorundam del. corpore. Ders. über den Thatbestand der Verbrechen. C. G. Biener Delibata quaed. de corp. del. capita. van der Ton de delictis. 1822. Tittmann I. §. 43—46. Feuerbach §. 81—83. Martin §. 27 ff. Wächter I. § 42—46. Jarcke I §. 17. 18. Roßhirt Entwickl. S. 282 ff. Abegg §. 68. 69. Heffter §. 58 ff. Marezoll S. 59 ff. Mittermaier zu F. a. a. O. Luden Abh. II. Hdb. I. 225 ff. Kitka Beitr. z. Lehre üb. d. Erhebung des Thatbest. Meyer Vers. einer Prüfung der Lehre vom Thatbest. u. d. Thäterschaft. Schaffrath die Theorie vom allg. Thatbestande. Bauer Abh. I. 223 f. v. Jagemann Zeitschr. für deutsch. Strafverf. N. F. II. 28 f. Birnbaum im N. Arch. 1815. S. 493 ff.

2) Gerade diesen Hauptpunkt hat v. Jagemann nicht herauszufinden gewußt. s. dag. Birnbaum a. a. O.

3) s. hierüber den Strafprozeß. vgl. Biener Beitr. z. Gesch. d. Inqu.-Proz. S. 114 f. Roßhirt a. a. O. Luden Abh. II. 16 f. Hdb. I. 225. n. 1. Birnbaum S. 506 ff.

4) Die Bezeichnung wird infolge davon gebraucht für den Gegenstand, das Produkt, das Werkzeug, die Spuren des Verbrechens. Böhmer med. ad art. 6. §. 10. Klein Grundsätze § 68. G. J. F. Meister princ. §. 94. In wiefern derlei Auffassungen im Strafprozesse Sinn und Werth haben, ist eine ganz andre Frage.

verbreitet [1]). Sehr häufig wird er nämlich auf unzuläßige Weise beschränkt, indem bald dieses, bald jenes von seinen Momenten willkührlich ausgeschlossen wird. Wie die Aelteren, so setzt auch Feuerbach Thatbestand und Zurechnung sich entgegen und begeht dazu noch den Widerspruch, gleichwohl zum Thatbestand auch subjektive Momente zu rechnen [2]). Ebenso willkührlich und verkehrt ist es, wenn Andre von dem Begriffe des Thatbestandes den der Thäterschaft [3]), Andre gar die Zurechnungsfähigkeit [4]) (während sie doch die Verschuldung dazu rechnen!), oder auch wohl die Strafbarkeit [5]) ausschließen. — Die Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts enthalten den Begriff des allgemeinen Thatbestands nirgends explicite [6]), aber implicite, und es ist die Aufgabe der Wissenschaft, ihn aus denselben zu abstrahiren. Auch in den neueren Gesetzgebungen werden die Momente des allgemeinen Thatbestands in der Regel nur mit größerer oder geringerer Vollständigkeit aufgeführt und theilweise als sich von selbst verstehend vorausgesetzt.

2) Daß der Begriff des allg. Thatbestandes in seiner Abstraktion nicht in Wirklichkeit tritt und treten kann, wäre kaum nöthig besonders zu bemerken, wenn nicht in der That auch schon das Gegentheil behauptet worden wäre [7]). Uebrigens ist leicht begreiflicher Weise der des besondern Thatbestands vor dem des allgemeinen aufgefaßt worden; auch damals jedoch schon in der Weise, daß der Uebergang zum lezteren fast auf der Hand lag [8]). Seitdem ist der Unterschied mit Recht in die Wissenschaft eingebürgert. Nur hat man sich den sich eigentlich von selbst verstehenden Satz nicht immer gehörig klar gemacht, daß die Momente des besonderen Thatbestands stets nur als Spezialisirungen der Momente des allgemeinen aufzufassen sind, und daß es daher ungeeignet ist, die generischen Momente des lezteren hinsichtlich des ersteren wieder in wesentliche und außerwesentliche zu scheiden (wie namentlich die Verschuldung, von der man sagt, daß dolus bald als wesentliches, bald als außerwesentliches Merkmal erscheine) [9]).

---

1) Ein Uebergang zu der richtigen Auffassung findet sich bei Böhmer. Klein erhebt sich noch nicht zum Begriff des allgem. Thatbestands: und er und Tittmann sprechen zwar das richtige Prinzip für die Bildung dieses Begriffs aus, zeigen sich aber in der Ausführung mangelhaft. Kleinschrod (gegen den Wächter nicht gerecht ist) spricht im Wesen das Richtige aus, nur freilich in sehr allgemeiner Weise. Eigenthümlich ist die Darstellung von Heffter Tit. 5—7 (?). Die Meisten sondern übrigens Begriff und Thatbestand in der Darstellung. Luden unterscheidet einen formalen und einen materialen Begriff des Verbrechens.

2) woran dann v. Jagemann, der doch die richtige Ansicht vertheidigen will, keinen Anstoß nimmt. s. dag. bes. Birnbaum a. a. O. Der Ansicht von Feuerbach folgt (verworren) Roßhirt a. a. O.

3) Bauer Abh. I. 228 (s. ebend. oben!).

4) Stübel u. neuerdings besonders Luden. s. dag. N. Rev. S. 132—138. Schaffrath a. a. O. S. 189.

5) Luden (der aber doch wenigstens die Rechtswidrigkeit aufnimmt), Bauer; s. auch Klein, Tittmann.

6) Abegg S. 55. Luden Abh. II. 67. 68. Elegante Spielereien über den Ausdruck corpus delicti als einen den Quellen angemessenen s. bei Birnbaum S. 502 ff.

7) Tittmann Hdb. I. §. 46 (der sich mit Unrecht auf Stübel beruft). s. dag. Luden Abh. II. 66 u. bes. Abegg S. 102, den v. Jagemann sehr mißverstanden hat.

8) Klein a. a. O. Meister § 95.

9) Luden Abh. II. 101—108. Unklar in dieser Beziehung ist besonders Bauer

3) Mehrfach angefochten ist die Eintheilung des Thatbestands in wesentlichen und außerwesentlichen [1]), — und nicht ohne Grund. Jedenfalls sollte man nicht von außerwesentlichem Thatbestand reden [2]), was unrichtig ist, wenn man eben Thatbestand und Begriff identisch setzt, sondern nur von außerwesentlichen Bestandtheilen des konkreten Verbrechens, welche eben nicht dem Begriffe des Verbrechens überhaupt oder der besondern Verbrechensart, sondern der individuellen Erscheinung dieses Begriffs in der bestimmten einzelnen Handlung angehören [3]). Die weitere Eintheilung der außerwesentlichen Merkmale in gewöhnliche und zufällige (naturalia und accidentalia delicti) ist eine bloß empirische ohne prinzipielle Bedeutung [4]).

4) Außerdem pflegt man den Thatbestand noch einzutheilen in realen und personalen, was jedenfalls mit einer zu engen Auffassung des Begriffs überhaupt zusammenhängt und noch dazu willkührlich ist [5]), — und in objektiven und subjektiven Thatbestand [6]), welche Eintheilung jedoch nicht mit der wieder nur auf prozessualische Zwecke berechneten Eintheilung in Thatbestand und Thäterschaft [7]) zu verwechseln ist, da vielmehr zum subjektiven Thatbestand lediglich das gehört, was sich auf die Willensseite, das Innere an der Handlung bezieht [8]), alles Andre aber zum objektiven, mithin auch etwaige persönliche Verhältnisse des Thäters, welche zur Existenz des bestimmten Verbrechens vorausgesetzt werden, wie Amts-, Familienverhältnisse u. dgl., da diese offenbar das Objekt des Verbrechens betreffen [9]).

§. 112.

Nach allem Bisherigen stellt sich das Verbrechen im e. S. seinem wesentlichen allgemeinen Thatbestande nach dar als die das Recht als Recht (seiner Substanz nach) in irgend einem nach Art und

---

Abh. I. 235—239. s. aber Marezoll S. 60. Luden Hdb. I. 225—228, wo freilich wieder zwischen Begriff und allgemeinem Thatbestand des Verbrechens auf wunderliche Weise unterschieden wird. vgl. Tittmann Hdb. I. §. 43. not. y. Abegg S. 105. 106.

1) Martin §. 29. Bauer Abh. I. 239—244.

2) s. z. B. Wächter I. §. 46. n. 100. vgl. aber §. 43 u. S. 78. Unklar ist Roßhirt Lb. §. 41 a. E., vgl. aber auch Entw. S. 56 f.

3) Jarcke I. 105. Abegg §. 68. Luden Abh. II. 100. Hdb. I. 237.

4) Wächter I. §. 43. Was hiegegen Bauer Abh. I. 241 vorbringt, ist freilich ohne Gehalt. vgl. Abegg S. 102. Heffter §. 58. n. 2.

5) Stübel §. 4—18. s. dag. Abegg S. 104. Martin §. 29. n. 10. Bauer Abh. I. 233. 234.

6) Gegen diese Eintheilung s. Tittmann Hdb. I. §. 43. not. z. Roßhirt Entw. S. 300—303. Abegg S. 104. Marezoll S. 60. 61 und besonders begrifflos v. Jagemann a. a. O. S. 36—38. s. dag. Wächter I. §. 46. n. 100. Jarcke I. 106. n. 9. Luden Hdb. I. 228—231.

7) Gerade diese Verwechslung empfiehlt (!) v. Jagemann S. 38. 39, der noch überdies meint, dieser Gegensatz sei erst i. J. 1836 in Berlin erfunden worden.

8) s. bes. Birnbaum a. a. O. Mittermaier n. 7. z. F. §. 81.

9) A. M. Bauer Abh. I. 234. Martin §. 29. Abegg S. 104. vgl. Schaffrath S. 183. Luden Hdb. I. 236 will die „persönlichen Verhältnisse" sogar weder zum subj., noch zum objektiven Thatbestand gezählt wissen. vgl. auch, was Birnbaum S. 528 anführt.

Größe bestimmten Dasein verletzende, durch das positive Recht für strafbar erklärte, einem zurechnungsfähigen Menschen zur Schuld zurechenbare Handlung. Für das bloße Polizeivergehen dagegen modifizirt sich dieser Begriff (§. 18). N. Rev. §. 166.

1) Die Erörterungen in Kap. 1 und 2 haben wohl hinlänglich gezeigt, daß auch heute noch über dieses Fundament der Strafrechtswissenschaft in vielen, zum Theil wesentlichen Punkten eine bedauernswerthe Unklarheit, resp. Oberflächlichkeit herrscht.

2) Wenn selbst die moderne Wissenschaft mit der Läuterung des Verbrechensbegriffs sowenig vollständig in's Reine kam, so ist es um so leichter begreiflich, daß dies bei der Gesetzgebung noch in geringerem Grade der Fall war. Abgesehen von den unreifen Erscheinungen anfänglicher Staatsentwicklung, in welchen (im germanischen Recht viel länger, als im römischen) das subjektive Element des Verbrechensbegriffs sich erst mühsam zur Anerkennung hervorarbeitete, ist selbst in dem hochgebildeten römischen Rechte der Begriff des Verbrechens niemals vollständig herausgearbeitet worden [1]). Denn noch im Justinianeischen Rechte ist der Gegensatz zwischen delicta publica und privata, — wenn auch noch so sehr gegen frühere Zeiten abgeschwächt, — doch noch immer nicht, und in wichtigen Beziehungen nicht aufgehoben [2]). Der Begriff des Privatdelikts [3]) ist aber, wenn auch noch so abgebleicht, eine absolute Anomalie, sofern das Verbrechen spezifisch als Läsion eines Privaten gilt, seine Verfolgung von Privatwillkühr abhängt und die Reaktion wesentlich die Natur der Privatgenugthuung hat. Dieselben Mängel klebten größtentheils auch dem Begriff der delicta popularia an, welche übrigens bereits den Uebergang zu dem Begriff der delicta publica bildeten [4]). — Nach anderer Richtung hin schweifte das kanonische Recht über den adäquaten Begriff des Verbrechens aus, indem es zwar mit Recht das Moment der Rechtsverletzung eines Individuums ganz in den Hintergrund verwies, dagegen die

---

1) Gar kein Verständniß hievon zeigt Rein S. 98—100, aber freilich durch Juristen verführt, s. die Citt. S. 99, die noch stark vermehrt werden könnten. s. übr. auch S. 103—105.

2) Die Ausdrücke: maleficium, facinus, flagitium, peccatum, probrum, commissum, vitium, culpa, fraus, noxa, scelus, offensa, nefas etc. sind dagegen keine technischen. Rein S. 91. 92.

3) Von jeher unterschied man delicta publica (s. crimina — ordinaria und extraordinaria) und delicta privata, zwischen welchen man die delicta popularia als Zwitterbegriff einreihte. Daß die Bezeichnungen crimen u. delictum keine absolut fixen waren, sah man nun wohl schon früher ein. Matthaeus Proleg. p. 1 sq. Savigny de concursu del. §. 3. Wächter I. §. 42. n. 96. v. d. Ton de delict. c. 2. Winssinger de del. culp. p. 96 sq. Erst neuerdings hat sich der Luxus philologischer Gelehrsamkeit völlig verheerend über jene Begriffe ergossen. s. Birnbaum N. Arch. VIII. 396 f. 643 f. IX. 339 f. und 1835. S. 321 f. Bosch-Kemper de indole j. crim. ap. Rom. p. 66 sq. v. Hagen quale sit discrimen inter del. publ., tam extraord. atque priv. Platner quaest. p. 82 sq. Rein S. 92—98. Daher findet sich auch in den Lehrbüchern eine sehr buntscheckige Terminologie.

4) T. D. de popul. act. (47. 23) j. l. 17 §. 18 D. de aed. ed. (21. 1). Bezeichnend für die Oberflächlichkeit der Auffassung ist, daß sich die Schriftsteller häufig viel mehr mit dem Unterschiede zwischen crimina ordinaria u. extraordinaria, als mit dem zwischen öffentlichen und Privatdelikten zu thun machen.

substantielle Natur der im Verbrechen liegenden Verletzung über das Rechtsgebiet hinaus in andre Sphären der Sittlichkeit hinein steigerte [1]). — Allerdings fehlte in der einen, wie der andern Richtung viel daran, daß alle Konsequenzen der betr. Einseitigkeiten gezogen worden wären. Gleichwohl durchzieht das kan. Recht überall die unverkennbare Tendenz, die objektive Seite des Verbrechens hinter der subjektiven zurücktreten zu lassen, weshalb denn auch viele seiner Aussprüche von der weltlichen Doktrin als bloß in's forum conscientiae gehörig beseitigt wurden [2]). Noch weit entschiedener aber wirkt selbst im neuesten römischen Recht die eigenthümliche Auffassung des Verbrechens als Privatdelikt nach. Denn noch immer konnten die Privatdelikte ebensowohl civiliter als criminaliter verfolgt werden [3]); die Privatstrafen waren in weitem Umfang neben den öffentlichen praktisch [4]); wenn ein Privatdelikt als solches verfolgt wurde, zum Theil selbst dann, wenn es zum crimen extraordinarium erhoben war, galten noch immer wichtige Reste der alten Konsequenzen, z. B. in Beziehung auf den Grundsatz: volenti non fit injuria, auf Kompensation, Vergleich u. dgl., ja selbst in der Schuldlehre, namentlich in Hinsicht auf Vollendung und auf Theilnahme am Verbrechen. — Im deutschen Recht hatte der Begriff des Verbrechens von Anfang an nicht die dualistische Grundlage, wie im antiken. Jedes, auch das bloße Privatverbrechen galt als Verletzung eines Allgemeineren, wofür den freilich sehr unvollkommenen Ausdruck die Friedloslegung, resp. die Einforderung des Friedensgelds neben der Buße bildete [5]). Gerade die Schwäche des Staatsprinzips aber, welche einen tiefen Gedanken von Anfang an in so wenig angemessener Form sich hatte erschöpfen lassen, hinderte auch noch später Jahrhunderte lang die volle Entwicklung des Verbrechensbegriffs [6]). Die Reaktion im Namen eines höheren Allgemeinen, die sich von Anfang an in die Friedloslegung, d. h. Gestattung der Privatrache, oder in die Forderung eines Friedensgelds, das ganz und gar den Typus der Privatgenugthuung (Buße, compositio) hatte und theilweise ganz in dieser untergieng, kleiden mußte, brauchte das ganze Mittelalter und theilweise noch eine spätere Zeit dazu, um eine solche unangemessene Form abzustreifen und ein System öffentlicher Strafen als Ausdruck eines reinen, nicht mehr privatrechtlich getrübten Verbrechensbegriffs zu schaffen [7]). Wenn aber auch immerhin noch im 15ten u. 16ten Jahrh. Beispiele der Fortdauer des Kompositionssystems in Deutschland in Menge vorkommen, so erscheint dies doch eben nur als Konsequenz der Schwäche der Staatsgewalt im Gegensatz gegen theoretisch (selbst

---

1) Abegg Strafrechtstheorieen §. 28. 29.

2) s. z. B. die Lehre von Nothwehr, von der negativen Theilnahme ꝛc. ꝛc.

3) §. 10 J. de injur. (IV. 4).

4) s. vorläufig §. 18. 19. 25. 26 J. de action. (IV. 6). §. 1 J. de poen. tem. litig. (IV. 16). l. 11 C. de repud. (5. 17). — §. 1 J. de vi bon. rapt. (IV. 2). — l. 80 D. de R. V. (6. 1). l. 2. 3 C. de j. emphyt. (4. 66). —

5) Meine Schrift: der Wendepunkt ꝛc. S. 160—162. Die gewöhnliche Meinung sieht dagegen allerdings in dem germanischen Recht die pure Barbarei! s. übr. auch Luden Hdb. I. 62—66.

6) Dies scheint auch Walther die Rechtsmittel im Strafverfahren, S. 15. n. 2. nicht gehörig gewürdigt zu haben.

7) s. meine Art. in d. Zeitschr. f. Deutsch. R. XII. 33 ff. XIV. 367 ff. Wunderliche Behauptungen bei Luden I. 59—61.

großentheils schon in den Rechtsbüchern) längst anerkannte reinere Begriffe. Schon die Glosse zum kanon. Rechte erklärte die Privatstrafen als aufgehoben [1]). Zwar wurde nun dieser Satz von der italienischen weltlichen Doktrin, die sich durch die Auktorität des röm. Rechts und germanischer Statute doppelt beengt fühlte, nicht mit voller Entschiedenheit angenommen [2]), wie denn auch deutsche Gesetzgebung und Doktrin sich jener Fessel mannigfach fügten [3]). Aber, wenn auch selbst die P.G.O. (Art. 157. 158) noch einzelne Reste jener privatrechtlichen Auffassung des Verbrechens anerkennt, so ist dies doch gegenüber dem Geiste, der sie im Ganzen beherrscht, nur als Ausnahme zu betrachten. Zwar gab es noch bis zur neueren Zeit immer eine ansehnliche Parthei von Vertheidigern der praktischen Giltigkeit der römischen Privatstrafen, wie freilich auch von solchen, die sie verwarfen [4]). Allein theils räumten die besonnenen Vertheidiger ein, daß die römische Privatstrafe überall wegfalle, wo das deutsche Recht öffentliche eingeführt habe [5]), theils war der ganze Streit ein prinzipiell schiefer, sofern auch mit dem reinen Begriffe des Verbrechens sich nachtheilige privatrechtliche Folgen sehr wohl vertragen [6]), wogegen nur eigentliche Privat-, d. h. lediglich dem verletzten Privaten genugthuende, sein Interesse befriedigende Strafen schlechthin verwerflich sind [7]). Nur Ein Verbrechen hat sich im gem. deutschen Rechte in dem vollen Sinne eines römischen Privatdelikts erhalten, die Injurie. Ganz etwas Andres ist es aber, wenn sich gemeinrechtlich noch bei einigen andern Verbrechen — aus verschiedenen Gründen — der Satz erhalten hat, daß sie ohne Klage des Verletzten oder seiner Nächsten strafrechtlich nicht verfolgt werden dürfen. Indessen sind dies nur einzelne Ausnahmen von der das gemeine Recht beherrschenden Regel der offiziellen Verfolgung der Verbrechen, woraus die Wirkungslosigkeit einer außergerichtlichen Abfindung des Beschädigten mit dem Thäter [8]), der Fürbitte des Verletzten [9]) und der Kompensation [10]) folgt. — Eben jene Ausnahmen

1) s. Glosse zu Csa. 6. qu. 1. c. 17.
2) J. Clar. V. §. prim. n. 6. Farin. qu. 18. n. 16.
3) Auth. agric. C. 8. 17. — Harpprecht Tract. crim. ad J. IV. 18. pr. n. 15.
4) Wächter I. §. 110. n. 52. s. dag. Heffter §. 32. Luden Hdb. I. 182.
5) s. bes. Gruner b. Martin Coll. diss. p. 107. 108. Heffter §. 126. n. 1. Dieser glaubt (mit Berufung auf Schilter), daß selbst die Popularklagen praktisch geblieben seien, was selbst Wächter in Abrede zieht.
6) Verlust einer Klage, eines Erbrechts oder anderer Rechte. s. z. B. l. 10 §. 1 D. de fidej. (46. 1). l. 67 §. 3 D. pro soc. (17. 2). l. 1 §. 15 D. si quadrup. (9. 1). l. 22 §. 1 D. de re jud. (42. 1). l. 25 pr. D. de probat. (22. 3). l. 80 D. de R. V. (6. 1). Nov. 18. c. 10. Nov. 72. c. 4. Luden Hdb. I. S. 172. n. 6. vgl. die neueren Gesetze über die privatrechtl. Folgen der Verbrechen (Wirt. Art. 8).
7) A. M. Wächter I. S. 201, gegen die entschiedenste allgemeine Ueberzeugung.
8) Anders natürlich im römischen Privatstrafrechte, weil hier die Klage ein Vermögensrecht des Beschädigten war, theilweise sogar im öffentlichen, — wenn auch nicht absolut (s. u.). Nur die Klage war wirkungslos, während andere nachtheilige Folgen für beide Theile nicht ausgeschlossen waren. Ueber die Theidigung im Mittelalter s. die Geschichte.
9) Rechtlich wirksam kann diese überall nur da werden, wo der Verletzte das Recht hat, durch Verzicht auf die Klage die strafrechtliche Verfolgung auszuschließen. s. z. B. Nov. 134. c. 10. — C. 7 X. de raptor. (5. 17). Wunderliche Ansichten kamen darüber bei älteren Kriminalisten vor. s. z. B. Böhmer Med. ad art. 120. §. 10 sq. Gribner de intercess. conjug. in del. carnis. Kleinschrod syst. Entw. II. §. 93—96.
10) Anders wieder im Privatstrafrecht. l. 10 §. 2 D. de compensat. (16. 2).

sind übrigens gegen die neuere Zeit her an Zahl vermehrt worden, vornämlich deshalb, weil gegen den seit 3 Jahrhunderten in die höchste Einseitigkeit verrannten Inquisitionsprozeß immer lauter die öffentliche Meinung sich erhob, zugleich neuerdings das System der Staatsbevormundung immer mehr Opposition fand, und hiernach die Ansicht Anhänger gewann, daß man der bürgerlichen Freiheit zulieb das Prinzip der Verfolgung von Amtswegen bei Verbrechen gegen veräußerliche Privatrechte ausschließen müsse, um so mehr, da durch die Verfolgung ex officio dem Verletzten viel mehr Unlust erwachsen könne, als durch das Delikt selbst [1]). Von den gedachten Gründen sind nun freilich die beiden ersteren der Sache selbst durchaus äußerlich und finden ihre Erledigung in anderweitigen Reformen des modernen Rechts- und Staatslebens [2]). Gänzlich verkehrt aber sind die beliebten geschichtlichen Berufungen auf römisches und germanisches [3]) Recht in einer Frage, die eben nur auf dem Boden der modernen Rechts- und Staatsentwicklung entschieden werden kann. Der einzig stichhaltige Grund ist der letzte der o. angeführten, der aber eben nur eine zeitweise Suspension des amtlichen Einschreitens rechtfertigt.

3) Aus dem Bisherigen ergiebt sich denn auch der relative Werth verschiedener herkömmlichen Eintheilungen der Verbrechen. Bloß geschichtliche Bedeutung haben a) die in delicta publica und privata und der ersteren in crimina ordinaria und extraordinaria [4]) (s. Anm. 2). Der Hauptunterschied war ein tiefgreifender, materieller, aus dem innersten Kern der antiken Rechts- und Staatsansicht hervorgegangener, der daher auch bis zuletzt keine völlige Ausgleichung erfuhr. Der

---

l. 7 D. de act. rer. amotarum (25. 2). vgl. l. 36 D. de dolo (4. 3). l. 154 D. de R. J. (50. 17). Eine nicht eben sittliche Anwendung s. in c. 7 X. de adult. (5. 16). Eisenbach de compensat. circa malef. Kleinschrod II. §. 92. Nur Eine Ausnahme hat sich bis in das neueste Recht herein erhalten —, die Retorsion bei Injurien.

1) s. Gönner im N. Arch. VII. 459 ff. J. Möser patr. Phantas. III. nr. 23. v. Eggers und Tittmann in ihren Entwürfen. vgl. aber Zweifel bei Spangenberg N. Arch. IX. 247 f. und entschiedene Opposition bei Trummer krim. Beitr. III, 2. S. 251 f. s. auch Godefroi de del. quae nonnisi ad laesor. quer. vind. 1837. Mittermaier N. Arch. 1838. S. 609 f. Henke IV. §. 27. Müller Strafproz. §. 75. Heffter §. 578. n. 1. Zachariä im N. Arch. 1845. S. 566 f. 1847. S. 390 f.

2) Eigen lautet es, wenn man die Sorgfalt, die man dem Richter mißgönnt, der Polizei zutheilt, wie Gönner a. a. O. S. 461.

3) s. z. B. Gönner a. a. O. S. 461 ff. Beseler Komment. S. 206. Ueber das gem. Recht s. auch Konopak N. Arch. VI. 267 f.

4) L. 1. 8 D. de publ. jud. (48. 1). L. 3 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 2 D. de abig. (47. 14). l. 3 D. de praevaric. (47. 15). l. 3 §. 2 D. de stellion. (47. 20). §. 3 sq. J. de publ. jud. (IV. 18). L. 92 D. de furt. (47. 2). §. 10 J. de injur. (IV. 4). L. 9 C. de accusat. (9. 2). L. un. C. de muliere (9. 11). L. 5 C. si reus vel accus. (9. 6). L. 8 C. de pagan. (1. 11). L. 3 §. 8 C. de vet. jure enucl. (1. 17). l. 3 D. ad Sct. Turp. (48. 16). Coll. XIV, 3. — Cujac. Obs. VIII, 32. Sigon. de judic. II. c. 1 sq. Graevius thes. II. praef. a. E. Salmas. de modo usur. 3. G. L. Böhmer de abig. §. 2 sq. Bach hist. j. rom. II. c. 1. §. 22. Malblank Consp. rei judic. §. 14 sq. §. 27. Haubold Institut. p. 56 sq. Marezoll bürgerl. Ehre. S. 123 ff. Zachariä Versuch I. 148 ff. Platner quaestiones p. 82 sq. Rein S. 105 ff. Luden Hdb. I. 177 ff. Eltzmann de divis. malefic. 1840.

zwischen crim. ordin. und extraordinaria war in der Hauptsache ein bloß formeller, durch geschichtliche Zufälligkeit entstandener, der seit der Aufhebung des ordo judiciorum innerlich keinen Sinn mehr hatte [1]), außer soweit die crimina extraordinaria aus dem Kreise der Privatdelikte hervorgegangen waren [2]). Wenn auch außerdem noch im neusten römischen Rechte ein Unterschied zwischen crim. ordin. und extraordinaria in Beziehung auf Infamie und Uebergang der Vermögensstrafen auf die Erben bestehen blieb [3]), so ist dies, soweit nicht die zwiespältige Natur der crimina extraordinaria mit im Spiel war, als einer der vielen Fälle zu registriren, in welchen die Kaiserzeit nicht mehr die Fähigkeit hatte, einen theoretisch richtig erkannten Gedanken praktisch in ganzer Konsequenz durchzuführen. Im gemeinen deutschen Recht ist der Hauptunterschied zwischen delicta publica und privata in der bereits (Anm. 2) angef. Weise beseitigt [4]), und die actiones populares sind dem Polizeistrafrecht überwiesen worden. — b) Die Eintheilung in delicta ecclesiastica, secularia und mixti fori, die jetzt (von der Simonie abgesehen) alle Bedeutung verloren hat, da der Staat, wenn er auch zeitweise in selbstvergessene Schwäche gegenüber etwaigen Eingriffen der Kirche verfallen sollte, in keinem Fall auf die Dauer ein gänzlich anomales Verhältniß ertragen kann (§. 26). c) Die Eintheilung in Ungerichte, peinliche Fälle, Missethaten, — und bloß bürgerliche Ueberfahrungen, eine aus dem ältesten germanischen Rechte abzuleitende, aber durch die Parallele mit den römischen delicta publica und privata theilweise in Mißverständniß abgeirrte [5]) Unterscheidung, die übrigens mit der fortschreitenden Entwicklung des modernen Staats mehr und mehr der Unterscheidung in Verbrechen und Polizeivergehen Platz gemacht hat [6]). — An diese bloß geschichtlich bedeutsamen Eintheilungen schließt sich zunächst d) die in Verbrechen, Vergehen und Polizeiübertretungen. Darin ist zuvörderst ein wesentlicher, aus der innersten Natur des Unrechts entspringender Unterschied enthalten (s. darüber §. 18). Mit dieser inneren Unterscheidung sind jedoch die äußerlichen von bloß quantitativer Natur nicht zu verwechseln, welche sich nur auf die Art und Größe der Strafen und die erkennenden Behörden beziehen, wenn sie auch zufällig theilweise mit der qualitativen Eintheilung zusammentreffen. In ganz roher Weise unterschieden die älteren Juristen seit der Glosse delicta atro-

---

1) l. 1 §. 3. L. 13 D. de poen. (48. 19). L. 8 D. de publ. jud. (48. 1). L. 3 D. de priv. del. (47. 1).

2) L. 3 cit. l. 94 D. de furt. (47. 2). Heffter §. 578. n. 1. Zachariä Versuch. I. §. 84—87. vgl. ob. §. 81. Anm. 1.

3) Wächter I. §. 110. n. 51. Luden Hdb. I. 182.

4) Aeußerliche Verschiedenheiten, wie in Beziehung auf Verjährung, Infamie ꝛc. erhielten sich allerdings. Heffter §. 32. n. 6. Abegg S. 99 u. besonders Jarcke I. §. 19. n. 1.

5) s. noch Luden Hdb. I. 187. n. 4.

6) s. bes. Mittermaier Strafverfahren I. §. 4. 5. Feuerbach §. 22. 136. Abegg S. 98. Wächter I. §. 94. n. 95. §. 107. n. 47. Henke Geschichte I. 305 ff. II. 187 ff. C. F. G. Meister Einleitung ꝛc. S. 27 f. Robert u. Koch über Civil- und Kriminalstrafen und Verbrechen. Walch Gloss. v. peinlich und peinl. Strafe. Malblank Consp. rei jud. §. 96. Roßhirt Lb. §. 79. 80. Martin Krim.proz. §. 17. 18. Hommel philos. Gedanken üb. d. Krim.R. §. 72 ff. Luden Hdb. I. 186—193. Jarcke I. 114—116.

cissima, atrociora, leviora [1]), wovon sie namentlich in der Lehre vom Versuch praktische Anwendung machten, und was sie zum Theil mit dem ganz willführlichen und verwerflichen Unterschied von delicta excepta und non excepta in Verbindung brachten [2]). Denselben bloß quantitativen Sinn hatten denn auch die schon berührten, aus der Entwicklung des deutschen Rechts, namentlich der Gerichtsverfassung entnommenen, übrigens nie zu fester Begrenzung gekommenen Eintheilungen in causae majores und minores, peinliche und bürgerliche Straffälle, Kriminal- und Polizei- (resp. Finanz-, Forst- ꝛc.) Vergehen, — und insbesondere auch die in Verbrechen und Vergehen, soweit sie eben nur ausdrücken will, daß jene strafbarer, diese minder strafbar seien [3]). An dem Fehler der Prinziplosigkeit und Willkührlichkeit litten auch bis auf unsere Zeit die Eintheilungen der meisten neueren Gesetzgebungen in Kriminal- und Polizeiverbrechen, resp. Polizeiübertretungen, schwere Polizeiübertretungen oder einfache Uebertretungen, — Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen (s. bes. preuß. LR., östr. GB. v. 1803, bair. — und die Gesetzbücher vor d. J. 1848). Das an sich richtige Motiv aller dieser Eintheilungen lag in der sehr natürlichen Erwägung, daß für schwerere Verbrechen, welche schwere Nachtheile nach sich ziehen, auch prozessualisch ein größerer Aufwand an Kräften zu machen sei [4]). Abgesehen daher von der bloß geschichtlich zufälligen Entstehung derselben vor der neueren, theilweise aus der Natur der Sache heraus zu schaffen strebenden Zeit, ließ sich an sich Alles der Art rechtfertigen, soweit eben nur jener Gesichtspunkt aufgefaßt wurde. Allein eben jene geschichtlichen Zufälligkeiten bedingten eine Organisation

---

1) vgl. zwar l. 5 §. 2 D. de poen. (48. 19) l. 6 D. de accusat. (48. 2). l. 157 D. de R. J. (50. 17). l. 37 §. 1 D. de minorib. (4. 4). Die Ausdrücke haben aber in den Quellen keinen technischen Sinn. Cropp de conatu S. I. p. 68. Wächter I. S. 194. Luden Hdb. I. 184. 185. A. M. Heffter §. 34. n. 2. gegen Cropp s. Zachariä Versuch I. §. 88.

2) Clarus V. §. 1. nr. 9. Carpzov qu. 102. n. 57 sq. Matth. Proleg. c. 4. n. 2—4. Böhmer obs. 2. 3. ad Carpz. qu. 102. Obs. 4 ad qu. 199. Hofmann Comm. de insign. defect. jurispr. crim. c. 1. §. 6. Kees in Martin Coll. diss. I. p. 188 sq. Brehm de del. exceptis. 1788. Hampe ebenso 1800; über den prozeff. Sinn der Eintheilung s. Martin §. 71. vgl. Abegg Gesch. d. preuß. Strafr. S. 88 ff. Wächter I. §. 38. Schröter S. 68. n. 2. Klein Grundsätze §. 67.

3) Reber üb. d. Begriff von Verbrechen und Vergehen. 1811. Hanamann über die Grenzlinie zw. Verbr. und Vergehen. 1805. Behr Welchen Hauptanforderungen muß ein StrafGB. genügen? 1813. Cucumus üb. Eintheilung der Verbr. und Vergehen. 1820. Feuerbach §. 22. Salchow Darstell. I. §. 11. Kleinschrod I. §. 8. Grolman §. 27 Note. Henke I. S. 388 f. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 185. Tittmann I. §. 34. Escher vier Abh. S. 135. Schröter I. §. 60. Martin §. 14. n. 3. 7. Wächter §. 108. Jarcke I. §. 19. Abegg S. 99 ob. Heffter §. 29. 31. Marezoll S. 131. Luden Hdb. I. 193—198. vgl. N. Arch. II. 385 f. Gönner in s. Arch. I. nr. 3. N. Arch. VII. 662 f. Lotz im N. Arch. IV. 488 f. Weber eb. S. 628 f. Mittermaier eb. VI. 186 f. Cucumus eb. X. 47 f. Birnbaum eb. 1834. S. 164 f. Oersted Prüfung d. bair. Entw. 1823. S. 8 f. Hudtwalcker in den krim. Beitr. I, 1. S. 1—33. Mittermaier Strafverfahren. I. §. 4. n. 68—84. Bauer Anm. I. 307 f.

4) Insoweit hat Luden Hdb. I. 195. n. 7. Recht. A. M. Jarcke I. 121. Wächter I. S. 193 und viele Andere in der vor. Note Angeff. (s. bes. Heffter §. 29. n. 4. §. 31. n. 3.)

der Behörden, welche dem Zweck der Strafrechtspflege keineswegs angemessen war, da Civilgerichte und Verwaltungsbehörden in ihrer regelmäßigen Thätigkeit auf Maximen angewiesen sind, welche denen eines Strafgerichts fremd, ja entgegengesetzt erscheinen [1]). Noch schlimmer aber war das Andre, daß man den inneren Unterschied von Verbrechen und Polizeiübertretung ganz außer Augen setzte und hiernach meist eine ganz kritiklose Abtheilung zu Wege brachte [2]). Den relativ besten Ausweg zeigte die französische Gesetzgebung, sofern sie sämmtliche Straffälle an richterliche Behörden verwies und die freilich auch zunächst nicht qualitativ, sondern quantitativ gehaltene, aber doch mit praktischem Takte durchgeführte Abstufung an das System des Geschwornengerichts festknüpfte [3]). e) An die vorige Eintheilung schließt sich die Grenzbestimmung zwischen eigentlichen Straffällen und Disziplinarfällen [4]), welche letztere nicht dem Strafrecht im e. S., sondern der erziehend-züchtigenden Strafgerechtigkeit der Familie, Schule und Kirche, sowie relativ des Staats selbst gegenüber seinen Beamten (desgleichen der Gemeinden gegen die ihrigen) angehören (§. 26). f) Bloß auf den Prozeß bezügliche, übrigens veraltete Eintheilungen sind die in delicta facti permanentis und facti transeuntis [5]), sowie die in delicta notoria und occulta [6]) s. auch unter d) und Anm. 2 a. E. g) Nach dem Umstande, ob ein Straffall ausdrücklich im Gesetze verpönt ist oder seine Anerkennung der Anwendung der Analogie verdankt (§. 25), unterschieden die Römer zwischen delicta quae ex scriptura legis descendunt und quae ad exemplum legis vindicanda sunt (P.G.O.: benannte und unbenannte [7]) peinliche Fälle). h) Ueber die Eintheilung in del. juris gentium und juris civilis s. den folgenden §. — i) Auf den Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen (s. unten) bezieht sich die Eintheilung in ordentliche und außerordentliche Verbrechen [8]). — Unter den von dem Gegenstande der Rechtsverletzung hergenommenen Eintheilungen sind mehrere theils schief, wie z. B. die in vera und quasi delicta [9]), in Verbrechen aus Bosheit

1) Dies ist der wesentliche Grund, welcher gegen die bisher herkömmlichen Abstufungen spricht und namentlich auch das bair. GB. trifft, das unbedacht dem französ. Vorbilde folgte. Arnold im N. Arch. 1843. S. 252 ff. Es war gutgethan, daß die neueren Gesetzgebungen in Sachsen, Wirtemberg, Hannover, Hessen, Baden ꝛc. das Beispiel mindestens in Beziehung auf „Verbrechen und Vergehen" nicht nachahmten.

2) Mittermaier n. 4. z. F. §. 22 und ob. §. 18 Anm. 4. — Ganz besonders gilt dies von dem östreich. GB., auch dem revidirten, trotz der von Hye S. 51—72 theilweise mit freier Erhebung über den Stoff geführten scharfsinnigen Vertheidigung.

3) vgl. das preuß. GB. und den bair. Entw. — s. o. zu §. 18. — Zwar ist auch das französische System nicht über alle Einwendungen erhaben — s. z. B. Jarcke I. 118. n. 13. Mittermaier n. 3. z. F. §. 22. s. aber auch Beseler S. 59 ff. Mittermaier Strafverf. I. S. 27—33. Goldtammer I. 240. II. 710.

4) Heffter §. 10. 28. Zachariä Staatsr. §. 117. Luden Hdb. I. 224. n. 8. N. Arch. II. 486 f.

5) Kleinschrod im A. Arch. V, 3. S. 10. s. aber Grolman §. 29.

6) Martin §. 71. n. 10—12. Ganz veraltet ist der Unterschied von handhafter und übernächtiger That.

7) In ganz anderem Sinne gebraucht diesen Ausdruck Tittmann Hdb. I. §. 47. s. dag. Schröter S. 64. n. 1 und die dort Angeff.

8) Martin §. 70 (21).

9) Tittmann Hdb. I. §. 48. Klein Grundſ. §. 65. vgl. Schröter §. 92. n. 2. Salchow Darst. I. S. 16 Note.

und aus Gewinnsucht [1]), in bestimmte (determinirte) und vage (alternative) Verbrechen [2]), in formale und materiale Verbrechen [3]), — theils überflüssig, wie die in einfache und vielfache (zusammengesetzte) Verbrechen [4]). Viele derselben beziehen sich auf spezielle Lehren (s. am betr. Orte), wie die in dolose und kulpose, vollendete und versuchte, gehäufte, wiederholte, fortgesetzte, fortwirkende Verbrechen u. s. f. Dagegen sind in der gedachten Beziehung herauszuheben k) die Eintheilung in del. communia und propria (gemeine und Standesvergehen), je nachdem sie von allen oder nur von Personen, die einem bestimmten Stande angehören, begangen werden können [5]). l) Die in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen, welche übrigens sowenig, als die vorige, den Werth einer wahren Eintheilung hat, da vielmehr die Standes-, wie die Unterlassungsverbrechen nur als sehr kleine Bruchtheile des strafrechtlichen Gebiets erscheinen. Schon oben (§. 80. Anm. 1) wurde nämlich gezeigt, daß die Bezeichnung als Unterlassungsverbrechen im eig. Sinne nur denjenigen Delikten gebührt, deren spezifischer Gehalt eben nur in der Nichterfüllung einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift besteht. Eben damit aber fallen die Unterlassungsverbrechen aus dem eigentlich kriminellen Kreise heraus und reihen sich unter die Polizeivergehen ein. Denn [6]) jedes wahre Verbrechen ist als Rechtsverletzung stets die Verletzung eines Prohibitivgesetzes, d. h. des Verbots, das bestimmte Recht weder durch Handeln noch durch Unterlassen zu kränken, — ein Recht, das vor dem Verbot besteht und dessen Konsequenz nur das Verbot ist. Sind nun aber Unterlassungsvergehen wesentlich Verletzungen von Präzeptivgesetzen, so ist bei ihnen das Umgekehrte der Fall: der Begriff des Delikts ist nicht an sich vorhanden, sondern wird erst durch das Gebot, das ein bestimmtes Thun fordert, geschaffen. Eben hierin beruht aber die spezifische Natur des Polizeivergehens. Rechnet man denn die dolose Nichtverhinderung eines Verbrechens [7]) und die Uebertretung der obligatio ad diligentiam bei der culpa ab, da in beiden Fällen der eigentliche verbrecherische Gehalt keineswegs in dem Unterlassen als solchem liegt [8]), so bleiben in der That als

---

1) Tittmann I. §. 47.

2) Feuerbach §. 388. Martin §. 69. n. 8. §. 176. Tittmann I. §. 47. Dieser nimmt die Eintheilung als identisch mit der in einfache und vielfache Verbrechen. s. auch Wächter I. §. 63. Andere mit der in formale und materiale. Schröter §. 95. n. 1. s. dag. den eb. Angef. Henke I. 399. 400. Mittermaier n. 1. z. F. §. 161. Bauer §. 33. Wächter II. Vorrede S. X ff.

3) Klein Grundsätze §. 63. Abegg im N. Arch. 1835. S. 391 f. 1850. S. 170. 171. s. dag. Schröter S. 135—137. Henke a. a. O. Luden Hdb. I. 211. n. 11.

4) Martin §. 69. n. 7 und (theilweise abweichend) Bauer §. 33. not. f.

5) Schröter §. 44. Salchow Darst. I. §. 13. s. übrigens Henke Hdb. I. 381. 382. Martin §. 68. vgl. Grolman §. 30. Heffter §. 31. Wenn diese den Begriff der del. propria erweitern, so entsteht nothwendig Verwirrung bei der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen. s. §. 93. Anm. 4, §. 99. Anm. 3.

6) Eine Annäherung zum Richtigen findet sich bei Luden Abh. II. 219 f. s. Hdb. I. 212—224. und dag. ob. §. 18. Anm. 3. Ganz verworren ist Mittermaier n. z. F. §. 24.

7) Diese wird meist als Hauptbeispiel eines Unterlassungsverbrechens aufgeführt. Luden Abh. II. 223. n. 1.

8) s. ob. §. 64 f. und 95. vgl. Henke I. 280. Luden a. a. O. S. 247—250. l. 3 §. 4 D. de off. praef. vig. (1. 15). l. 14 i. f. D. de off. praes. (1. 18).

Fälle von Unterlassungsvergehen eben nur eine Reihe von Polizeivergehen und solche übrig, welche gleichfalls unter diese eingereiht werden müssen, wie die Nichtanzeige von Verbrechen, resp. die Nichtverhinderung dann, wenn über das durch die Natur der Sache gegebene Maß hinaus Verhinderung zur Pflicht gemacht wird [1]). Daß die Dienstvergehen, auch wo sie in bloßer Unterlassung sich äußern, nicht hierher gehören, ist klar, da hier die Unterlassung nur die Form zur Erzeugung eines anderweitig an sich vorhandenen verbrecherischen Inhalts (Verletzung eines Rechts des Staats) bildet [2]). Dasselbe ist mit dem sog. einfachen Ungehorsam der Fall, der eben nur die unterste Stufe der Delikte gegen die vollziehende Gewalt bildet [3]). — Das Recht früherer Zeiten gieng allerdings in der Aufstellung von Unterlassungsvergehen mehrfach viel weiter, theils wegen Mangelhaftigkeit der polizeilichen Anstalten, theils wegen ungehöriger Vermischung rechtlicher und moralischer Begriffe (so namentlich das kanon. R.), theils infolge absolutistischer Regierungssysteme. Ueber die Nichtanzeige, resp. Nichthinderung von Verbrechen s. o. Außerdem stellte das kanon. Recht allgemein die Pflicht auf, jedem in Gefahr Befindlichen zu helfen, soweit es ohne eigene Gefahr geschehen könne [4]). Auch hievon aber enthält das neuere Recht nur noch wenige Spuren [5]). Im Allgemeinen sind jetzt die Unterlassungsdelikte, wie es sich gebührt, lediglich unter die Kategorie der Polizeivergehen verwiesen. m) Die Eintheilung in Staats- und Privatverbrechen, resp. gemeingefährliche Verbrechen u. s. w. [6]) — welche hier nur kurz erwähnt sein mag, um die Bemerkung anzuknüpfen, daß die Systematisirung der besondern Verbrechen bei älteren und neueren Kriminalisten eine unendlich verschiedene ist und daß es sich nicht der Mühe verlohnt, die Kritik auf so zahllose Irrwege umherzuschicken (s. den bes. Theil). Schließlich ist noch n) in Beziehung auf die Besonderung mancher Verbrechensgattungen in verschiedene Arten die Eintheilung in einfache und qualifizirte oder ausgezeichnete (qualifizirte im e. S. — und privilegirte) Verbrechen [7]) her-

1) s. ob. §. 91. Anm. 4. §. 95. Anm. 1. 2. Henke I. 395 f. Martin §. 77 und im Wesentlichen Luden selbst Abh. II. 236 f. Hdb. I. 217. 218. n. 2. und 3 (bes. a. E.), der freilich über die Nichtverhinderung theilweise anders denkt.

2) A. M. Henke I. 397. Luden noch im Hdb. I. 224. Ueberhaupt faßt er noch immer die Dienstverbrechen im Ganzen irrig auf, wenn er auch nicht mehr, wie früher, bloße Vertragsverletzungen darin sieht. eb. S. 222—224. vgl. Abh. I. 468. f. dag. Schaffrath Theorie d. allg. Thatbest. §. 226.

3) A. M. Luden Hdb. I. 219.

4) Csa. 23. qu. 3. c. 7. 11. vgl. Kaiserrecht II. 59. üb. das röm. Recht s. o. §. 95. Anm. 1.

5) Preuß. LR. II. 20. §. 782. Wirt. Pol.GB. Art. 32.

6) Um von Aelteren, die gar kein Bedürfniß wissenschaftlicher Anordnung hatten, zu schweigen, s. inzwischen Stabler üb. d. Eintheilung der Verbr. rc. 1824. Klein Grunds. §. 63. Feuerbach §. 23 (vgl. jed. den bes. Theil). Grolman §. 27. 28. 301. 302. Kleinschrod syst. Entw. III. §. 132 ff. Martin §. 68. 288 f. Henke I. 385—388. Schröter §. 41 (?). 45. 54 ff. Cucumus im N. Arch. X. 47 f. 205 f. Bauer §. 33. not. a—d. Abegg N. Arch. 1835. S. 367 f. Wächter Lb. II. Vorrede. Mittermaier Noten z. F. § 161. Luden Hdb. I. 206—211. Rossi traité II. c. 6—9. Heffter §. 31. 196. Trummer in d. krim. Beitr. III, 2. S. 293 f. Roßhirt Entwickl. S. 506 f.

7) Feuerbach §. 26. Martin §. 70. 71 (?). Wächter I. §. 109. Bauer §. 39.

vorzuheben. — Außer den angeführten kursiren noch manche andre Eintheilungen der Verbrechen, die auf verschiedenen Eintheilungsgründen beruhen, aber von keinem wissenschaftlichen Werthe sind, was freilich auch von den meisten der bisher angegebenen gesagt werden muß [1]), — so z. B. die nach den Strafsystemen verschiedener Zeiten sehr variable Eintheilung in Kapital- und Nichtkapitalverbrechen, die in Verbrechen gegen ursprüngliche und gegen abgeleitete Rechte, gegen angeborene und gegen erworbene Rechte, gegen Rechte an bedingten oder an bedingenden Gegenständen, Verbrechen physischer und juristischer Personen, gemeingefährliche und individuellgefährliche Verbrechen, natürliche und bürgerliche Verbrechen u. s. f.

§. 113.

Da nach allem Bisherigen (§. 112 vgl. §. 12. 14) der Begriff des Verbrechens im e. S. wesentlich auf dem Rechtsbegriff, nicht erst auf dem strafdrohenden Gesetze beruht, welches nur das auf der bestimmten Kulturstufe einer bestimmten Nationalität für strafwürdig allgemein Anerkannte wirklich als strafbar ausspricht, so kann sich für ein begangenes Verbrechen Niemand dadurch der Verantwortlichkeit entziehen, daß er behauptet, er habe — wenn auch die Rechtswidrigkeit, doch — die Strafbarkeit der Handlung nicht gekannt, oder gar nur um die Art oder Größe der Strafe nicht gewußt. Aber auch mit der Unkenntniß der Rechtswidrigkeit kann sich kein Zurechnungsfähiger schützen, es sei denn, daß er einer ganz fremden Nationalität angehörte, der man vermöge ihrer Bildungsstufe nur ein sehr mangelhaft entwickeltes Rechtsbewußtsein zutrauen könnte. Denn abgesehen von einer solchen (immer doch nur relativen) Ausnahme schließt die Zurechnungsfähigkeit das Bewußtsein des an sich Rechten und die Kenntniß dessen, was bei einem bestimmten Volk zur Zeit als unverbrüchlich gilt, nothwendig in sich. Bei Verbrechen kann daher Rechtsunwissenheit (und dasselbe gilt vom Rechtsirrthum) weitaus in der Regel nicht entschuldigen. — Bei bloßen Polizeivergehen scheint nun zwar aus demselben Grunde das Umgekehrte gelten zu müssen, da diese Delikte eben erst durch die positive Satzung ihre Existenz erhalten. Gleichwohl ist auch bei diesen der gleiche Satz als Regel festzuhalten, weil durch die Publikation des Gesetzes jedem die Möglichkeit und Aufforderung zur Kenntnißnahme gegeben ist und der Staat die Geltung seiner Gesetze nicht von dem guten Willen der Einzelnen, ob sie Kenntniß nehmen wollen oder nicht, abhängig machen kann. Indessen wird die Regel hier weit mehr Ausnahmen leiden müssen. Immer aber kann nur entweder

---

1) Feuerbach §. 26. Anm. Grolman §. 29. Jarcke I. 122. Henke I. 380 f. Wächter II. Vorrede.

von Verantwortlichkeit für dolus oder von gar keiner die Rede sein —: bei Verbrechen deshalb, weil in dieser Sphäre bei einem überhaupt Zurechnungsfähigen nur ein unvermeidliches, nie aber ein vermeidliches Nichtwissen gedacht werden kann, — bei Polizeivergehen dagegen aus dem §. 68. Anm. 3. angef. Grund. N. Rev. §. 159 [1]).

1) Vor Allem sind hier einige, zur Frage gar nicht gehörige Fälle, deren Hereinziehung nur Verwirrung erzeugen kann, abzuweisen. a) Der Fall, wenn der Rechtsirrthum nicht das Verbotensein der Handlung an sich, sondern nur faktische Umstände oder andre Rechtssätze betrifft, ohne deren Kenntniß ein dolus in Beziehung auf das bestimmte Delikt nicht angenommen werden kann [2]). b) Fälle, wo die Ausschließung der Strafbarkeit zunächst nicht durch die Rechtsunwissenheit, sondern durch das Nichtvorhandensein der kriminellen Zurechnungsfähigkeit begründet wird (wie bei Wildaufgewachsenen, bei Unmündigen in Beziehung auf gewisse Verbrechen ꝛc. s. §. 51. Anm. 1).

2) Was die Frage selbst betrifft, so wurde schon früher gezeigt, daß das moderne Recht nicht mehr unmittelbar an das römische Recht und die darin vorkommende Unterscheidung zwischen delicta juris gentium (oder juris naturalis) und delicta juris civilis sich halten könne, daß vielmehr jezt zwischen Verbrechen und Polizeivergehen unterschieden werden müsse [3]). Bei Verbrechen kann nun aber ihrem Begriffe nach eine Entschuldigung wegen Rechtsunwissenheit nichts helfen (den einzigen seltenen Fall ausgenommen, den der §. angiebt) [4]). Das

---

1) Farinac. qu. 90. insp. 2. Pufendorf de J. nat. I. c. 3 sq. Schott de ignor. populi circa poenas. 1787. Glaeser de gratia delinquentib. fac. §. 86. csa. 19. Cremani I, 1. c. 3. §. 3 sq. Quistorp §. 47. 48. Püttmann Elem. §. 40. Klein Grundſ. §. 127. G. J. F. Meister princ. §. 116. Kleinschrod syst. Entw. I. §. 135 ff. Grolman §. 102 a. E. Feuerbach §. 57. 86. n. 1. Salchow Darst. I. §. 73. Schröter §. 101. 102. Dersted Grundreg. S. 270—278. Tittmann I. §. 13. 38. Ders. üb. d. Unterricht d. Volks in d. Strafges. Stelzer üb. d. Willen S. 206 f. Werner Hdb. §. 328 f. Henke I. 331—335. Martin §. 40. n. 1. Wächter I. §. 73. Jarcke I. 137 f. und in Hitzigs Zeitschr. H. 5. S. 99 f. Abegg S. 145. — Roßhirt im N. Arch. IX. 491 f. XII 53 ff. Entwickl. S. 13 f. 208 f. Birnbaum N. Arch. XI. 101 f. 293 f. und 1836. S. 560 f. Heffter eb. XII. 130 f. 253 f. Lb. §. 55. Marezoll S. 100. 101. Mittermaier im N. Arch. II. 522. 523. not. 2. z. F. §. 57. Bauer §. 38. 128. n. k. Luden Hdb. I. 175—177. 286—289. Berner Wirkungskreis d. Strafges. S. 22 ff. — s. noch van Pelt de ignor. et errore in del. (1826). van Maanen de ignorantiae et erroris natura (1793). Donell. Comm. I. c. 17 sq. Mühlenbruch im Arch. f. civil. Prax. II. 361 f. v. Savigny Syst. III. 325 f.

2) §. 1 J. de vi bon. rapt. (IV. 2). l. 25 §. 6 D. de hered. petit. (5. 3). l. 36 §. 1. l. 37 D. de usurp. (41. 3). Wächter I. S. 121. Luden Hdb. I. 288. n. 3. N. Rev. S. 618. — vgl. auch l. 9 §. 5 D. de minor. (4. 4). Luden Hdb. I. 287. in Note 2, welcher in l. 16 §. 5. 6 D. de public. (39. 4) mit Recht ein willkührliches Ausnahmegesetz sieht. Indessen dehnt er den fraglichen Satz viel zu weit aus, so S. 246. n. 5 (ebenso Berner Wirk.freis S. 34) auf l. 3 §. 22 D. de Scto Silan. (29. 5), wo es doch ganz klar heißt: ignarus edicti! — vgl. Hye S. 216—218.

3) N. Rev. S. 614 f. 618 f.

4) Wenn Heffter §. 55 (vgl. Marezoll S. 101. n. 1) auch Wildaufgewachsene ausnimmt, so ist dies sehr überflüssig. s. Anm. 1. a. E. N. Rev. S. 621.

Gegentheil würde die Konsequenz der Abschreckungstheorieen fordern; allein es ist schon ob. (§. 73. Anm. 3) gezeigt worden, wie gerade Feuerbach hier die Konsequenz verläugnet und zu einer seiner beliebten Präsumtionen gegriffen hat, nämlich zur Präsumtion der Kenntniß der Gesetze. Ueberdies nahm er bei vermeidlicher Unkenntniß culpa an und behauptete, daß bei del. j. naturalis gar keine Entschuldigung mit Nichtkenntniß anzunehmen sei [1]). So wußte er die Behauptung zu rechtfertigen, daß ignorantia juris in der Regel nicht entschuldige (mindestens nicht von culpa), zugleich aber den Widerspruch mit seiner Definition des dolus zu beseitigen. Um so weniger vermittelt trat dieser Widerspruch bei den Gegnern Feuerbachs hervor, sofern die Meisten zwar einerseits das im §. angegebene Prinzip über den Rechtsirrthum mehr oder minder klar anerkannten, gleichwohl aber die F.'sche Definition des dolus als Fessel am Fuße nachschleppten [2]). — Hievon abgesehen, ist nun allerdings das Prinzip der Nichtentschuldbarkeit der Rechtsunwissenheit (oder des Rechtsirrthums) bei Verbrechen im e. S. durchaus festzuhalten, und zwar eben nur aus dem im §. angegebenen Grunde [3]). Auch wurde dasselbe in der That von den deutschen Kriminalisten von jeher als die Regel anerkannt, wenn sie es gleich an mehr oder weniger Ausnahmen nicht fehlen ließen. Sie stützten sich dabei gleich den Italienern [4]) auf das römische Recht, da das einheimische keinen Anhaltspunkt darbot [5]). Das römische Recht aber stellte ganz unzweifelhaft die Regel auf, daß Rechtsunwissenheit nicht entschuldige [6]). Gleichwohl machte es gewisse Ausnahmen, die sich an die Unterscheidung zwischen delicta jur. naturalis und civilis (wenn auch nicht als eine technische) anschloßen, Ausnahmen jedoch, die nur gewissen Klassen von Personen (Minderjährigen, Weibern, Soldaten und rusticis) und eben nur bei Verbrechen, die nicht del. j. natur. wären, zu gut kommen sollten [7]). Indessen bleibt es

---

1) Noch überboten wurde F. von Oersted Grundreg. S. 270—278. Zahmer sind Kleinschrod I. §. 135 f. Salchow Darst. I. §. 73. Auf Oersted beruft sich Bauer Abh. I. 253. f. aber 251—253. 262—264 und 152. 158—160 (ein höchst verkünsteltes System voller Widersprüche).

2) Schröter §. 66. 101. Wächter I. §. 73. Abegg §. 83. u. S. 145. Heffter §. 64. 66. j. §. 55. Marezoll S. 91. 104. j. S. 101. f. ob. §. 73. Anm. 3. Freilich halten sich die Meisten zugleich noch an die Feuerbachische culpa durch Unwissenheit des Gesetzes, bereiten dadurch aber nur weitere Verlegenheit. f. unten Anm. 4.

3) Diesen bringt Berner S. 44. 45 erst hinterdrein, während er als Hauptmotiv den Grund anführt, der spezifisch für die Rechtsunwissenheit bei Polizeivergehen anzuführen ist.

4) Farinac. qu. 90. nr. 17 sq. 48 sq. 91—108 u. die dort Angef. Freilich wird hier als Regel das Gegentheil aufgestellt; aber das Uebergewicht liegt in den Limitationen.

5) Was Heffter N. Arch. XII. 137. 138 (nach ihm Berner 37) aus dem german. Rechte beibringt, ist höchst unbedeutend.

6) L. 9 pr. D. de jur. et facti ignor. (22. 6). vgl. l. 12 C. eod. (1. 18). Nov. 66. c. 1 pr. — l. 11 §. 4 D. de his qui not. (3. 2). l. 15 pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 2 C. de in jus voc. (2. 2).

7) L. 38 §. 2. 4. 7 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). l. 1 §. 10. l. 4 pr. D. ad Sctm. Turp. (48. 16). l. 1 §. 5 D. de edendo (2. 13). l. 15 §. 4. 5 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 3. 5 C. de his qui sibi adscrib. (9. 23). l. 4 §. 15 D. de R. M. (49. 16). l. 2 §. 1 D. si quis in jus voc. (2. 15). l. 3 §. 22 D. de Scto Silan. (29. 5). l. 7 §. 4 D. de jurisdict. (2. 1). l. 2 C. si adv. del.

zweifelhaft, wie weit diese Begünstigungen giengen [1]). (Daß sie eine Präsumtion für die fraglichen Personen enthielten, ist geradezu in Abrede zu stellen.) [2]). Sehr unfruchtbar erscheint die Bemühung, die Unterscheidung zwischen del. juris naturalis (oder juris gentium) und del. juris civilis als eine technische zu fixiren und im Einzelnen durchzuführen [3]). Allein der Grundgedanke ihrer gelegentlichen Beziehung auf die vorliegende Frage lag auch bei den römischen Juristen unfehlbar in der Erwägung, welche fast sämmtliche ältere und neuere (ital. und deutsche) Juristen leitete, wenn sie annahmen, daß es wenigstens einen gewissen Kreis von Verbrechen gebe, bei welchen um ihrer ganz unzweifelhaften, unter allen Staatsformen sich gleichbleibenden, jedem Zurechnungsfähigen von Hause aus sich aufdrängenden verbrecherischen Natur willen jede Berufung auf Rechtsunwissenheit von vorn herein als affektirt, unglaubwürdig und schlechthin verwerflich erscheine, so daß die ganze Frage sich jedenfalls auf das beschränken müsse, was die Römer unter del. juris civilis verstanden (d. h. Delikte, deren Strafbarkeit in den eigenthümlichen Verhältnissen und Ansichten eines bestimmten Volks ihren Grund habe) [4]). Wie weit freilich der erstgedachte Kreis zu ziehen sei, ist und war von jeher bestritten [5]), wobei jedoch wohl in Rechnung zu nehmen ist, daß diejenigen, welche ihn zu Gunsten des zweiten beschneiden, in der Regel bei dem letzteren mindestens Verantwortlichkeit für culpa annehmen [6]). Auffallen muß aber, daß

(2. 35). Darüber, daß einige andere von Feuerbach und v. Savigny angef. Stellen nichts beweisen, s. Berner S. 29—36. Mit Unrecht will gar keine Ausnahmen im römischen Rechte zugeben Luden Hdb. I. 286. n. 2. s. aber eb. S. 246. n. 5.

1) Donell. Comm. I. c. 17—23. Mühlenbruch im Arch. f. civil. Prax. II. 361 f. v. Savigny System III. 325 f. Roßhirt im N. Arch. IX. 515 f. Birnbaum eb. XI. 133 f. 295 f. Heffter eb. XII. 262—268. Rein S. 214—217.

2) L. 9 pr. D. de j. et f. ignor. (22. 6). l. 37 §. 1 D. de minorib. (4. 4). l. 2 C. si adv. del. (2. 35).

3) Roßhirt im N. Arch. IX. 507 f. XII. 53 ff. Entwickl. S. 13 f. 210. 211. Birnbaum im N. Arch. XI. 101 f. 293 f. und 1836. S. 560 f. Dirckfen im Rhein. Mus. I. 39 f. und verm. Schriften I. 241 f. Rein S. 112. 113. Luden Hdb. I. 175—177.

4) A. M. sind wohl nur Birnbaum und Luden, dem jetzt Berner folgt. s. jedoch diesen S. 36. 37, wornach die Polemik auf ein Minimum von Gewicht zurücksinkt, und höchstens gegenüber von solchen Werth hat, die (wie z. B. Hepp) der modernen Gesetzgebung die Wiederaufnahme der schwankenden und zum Mindesten ganz unpraktischen römischen Unterscheidung empfahlen. Ueber mala in se und mala prohibita nach engl. Rechte s. Birnbaum N. Arch. XI. 125 ff.

5) Die italienische Jurisprudenz näherte sich der Wahrheit hiebei weit mehr, als großentheils die neuere deutsche. Abgesehen davon, daß sie die Rechtsunwissenheit in der Regel mindestens als culpa lata behandelte (Alciat., Salycet., Carer., Boss. etc.), nahm sie schlechthin keine Entschuldigung, auch nicht vom dolus, an circa ea quae sunt de jure naturali, gentium aut divino, aber auch ebensowenig circa ea, quae sunt de jure civili aut statutario notorio et indubitato. Farin. l. c. — Hieraus hätte Berner (S. 28. 29) ersehen können, daß sich die Bezugnahme auf den Unterschied zwischen del. j. nat. (gentium) und j. civ. bei unsrer Frage nicht erst von Feuerbach herschreibt! —

6) Böhmer Med. ad art. 179. n. 12. Kress ad art. 177. reg. 1. n. 2. Cramer Obs. III. 893. Meister rechtl. Erk. I. dec. 5. 11. III. dec. 71. n. 45. IV. dec. 95. n. 10. Quistorp I. §. 47. 48. (Kurzweg von unverschuldetem Irrthum

die älteren Juristen meist überhaupt den zweiten Kreis viel enger zogen, als die Mehrzahl der neueren (Farin. und die von ihm Angeführten beschränken ihn auf das jus civile und statutarium, jedoch nur insoweit es nicht notorium und indubitatum, sondern dubium oder controversum sei, wogegen schon Böhmer überhaupt die delicta solis legibus positivis determinata anführt, Kleinschrod sogar alle Handlungen, die nur nicht nach den ersten Gründen der Vernunft und Sittlichkeit unerlaubt seien, während einige sogar Entschuldigung wegen Rechtsirrthums im Allgemeinen ohne Unterschied zulassen, ob es sich von del. j. nat. oder j. civ. handle [1]). Der Grund scheint — abgesehen von der Verwicklung, worein man mit der hergebrachten unrichtigen Definition des dolus gerieth — theils in einer mißverstandenen Humanität, theils in der immer mehr sich aufdrängenden Ueberzeugung zu liegen, daß das positive gemeine deutsche Recht veraltet und dem Volksbewußtsein entfrembet, und daß in den neueren Gesetzbüchern nicht selten etwas zum Verbrechen gestempelt sei, von dessen krimineller Natur der gesunde Menschenverstand nichts wisse [2]). In der That ist aber diese zunehmende Milde bei den neueren deutschen Juristen um so auffallender, als das englische und französische [3]) Recht im Gebiete des eigentlichen Kriminellen sogar von jener ganzen Unterscheidung zweier Deliktskreise mit praktischer Beziehung auf die Rechtsunwissenheit nichts wissen, vielmehr ganz allgemein die Regel aufstellen, daß diese nicht entschuldige, resp. Kenntniß der Strafgesetze zu präsumiren sei, und hievon nur ganz vereinzelte Ausnahmen zulassen. Nimmt man nun vorläufig einmal an, eine moderne Gesetzgebung wisse zwischen Verbrechen und Polizeivergehen auf genügende Weise die Grenze zu ziehen, so würde unter dieser Voraussetzung ohne Zweifel für erstere eben nur die gedachte Regel aufzustellen sein [4]), und zwar ohne Unterschied zwischen del. j. nat. und juris civilis, da dieser für ein gegebenes Volk in Beziehung auf die vorliegende Frage an sich im Ganzen

---

sprechen ohne weitere Unterscheidung Püttmann §. 40, Klein Grundſ. §. 127, Salchow Darstell. I. §. 73. Schröter §. 101. 107 u. A.) G. J. F. Meister princ. §. 116. Kleinschrod I. §. 137—139. Grolman §. 13. 102 a. E. Feuerbach §. 86. n. 1. Tittmann I. §. 38. Oersted Grundreg. S. 272. Henke I. 331—334 (wenigstens beiläufig). Wächter I. S. 120 unt. Jarcke I, 137 ff. Roßhirt im N. Arch. IX. a. a. O. Heffter eb. XII. 144—147. Abegg S. 145. Bauer §. 38. 128. n. k. Mittermaier n. 2. z. F. §. 57. Marczoll S. 101. n. 1. vgl. Jenull I. 153—156.

1) s. Püttmann, Klein, Salchow, Schröter a. a. O. vgl. auch Birnbaum a. a. O. Nur scheinbar dag. gehört Meister l. c. hierher, der nur die Frage durch Hereinziehung des Anm. 1. b. angef. Falls verwirrt. Schwarze N. sächs. Jb. VI. 46 f. will Gesetzesunkenntniß entschuldigen lassen, jedoch nur, wenn auch nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorhanden sei; dieses soll aber (S. 52) präsumirt werden!

2) Henke a. a. O. Mittermaier im N. Arch. II. 523. Richtiger würde gesagt, daß die neuen Gbücher das Kriminelle mit dem Polizeistrafrechtlichen vermengen.

3) Blackstone IV. c. 2. Stephan-Mühry S. 12. Code civil art. 1. vgl. übrigens Birnbaum im N. Arch. XI. 312—318.

4) vgl. Wächter I. S. 120 unt. und Grolman §. 13. 102 a. E. Nur freilich liegt die Uebereinstimmung mit dem hier Vorgetragenen bloß in den Worten, da beide Gelehrte dem Begriff des Polizeivergehens einen andern Sinn unterlegen.

indifferent erscheint [1]) und heutzutage bei dem Stande der europäischen Kultur [2]) vollends verschwindet. Die allgemeine Ausnahme, die noch wohl für den Fall gemacht wird, wenn ein Gesetz ausdrücklich wissentliche Uebertretung fordere [3]), ist jedenfalls ganz unstichhaltig. Denn, wollte man sie auf das Gebiet der Verbrechen im e. S. beziehen, so würde sie die Regel fast geradezu aufheben, da die meisten derselben nur dolo begangen werden können. Bezieht man sie aber auf Polizeivergehen, was allein Sinn hat, so stehen wieder andere Gründe entgegen (s. die folg. Anm. [4]). Indessen läßt sich bei dem gegenwärtigen Stande der deutschen Gesetzgebung, welche es an der gedachten Voraussetzung noch großentheils mangeln läßt, das richtige Prinzip vorerst nur als wissenschaftliche Forderung aufstellen. — Allgemein einverstanden ist man übrigens neuerdings (freilich mehrfach auf Kosten der Konsequenz) wenigstens darüber, daß bloße Unbekanntschaft mit der Art oder Größe des Strafübels in keinem Falle zur Entschuldigung gereichen könne [5]). — Dagegen begnügen sich Manche nicht mit der im §. hinsichtlich eines einer fremdartigen, barbarischen Nationalität Angehörigen zugelassenen Ausnahme, sondern stellen für Ausländer überhaupt (wenigstens hinsichtlich der del. j. civ., vom jus commune abweichender statutarischen Gesetze ꝛc.) mehr oder weniger Begünstigungen auf [6]).

3) In Beziehung auf Polizeivergehen ist der Grund derselben Regel ein andrer, — den aber freilich Viele unrichtiger Weise für die Verbrechen anführen [7]), für welche er mindestens nur sekundär gilt. Andrerseits kann man auch bei der Mehrzahl der Polizeivergehen ohne Zweifel mit vollem Recht neben-

---

1) Luden Hdb. I. 177. Was das römische Recht betrifft, so ist der große Unterschied des antiken jus gentium von der heutigen europäischen Rechtsgemeinschaft, es ist der Umstand, daß unter den del. j. civ. jedenfalls auch das, was heutzutage als Polizeivergehen erscheint, mitbegriffen war, es ist endlich in Betracht zu ziehen, daß die dort den Weibern, Soldaten und rustici eingeräumten Begünstigungen heutzutage ihren Boden verloren haben. s. auch Trefurt N. Arch. 1838. S. 283—286.

2) s. vor. Note und Berner S. 44. 45. bes. aber Arnold im N. Arch. 1843. S. 524 ff. und die neuen bair. Mot. z. Art. 60.

3) Wächter a. a. O. Heffter N. Arch. XII. 149 f. s. schon Donell I. c. 22. §. 7. 11.

4) Schief ist übrigens, was Roßhirt N. Arch. IX. 495 gegen Wächter einwendet. Gegen die mißbräuchliche Benützung der l. 3 §. 22 D. de Scto Silan. (29. 5) bei Wächter s. auch Luden Hdb. I. 286. n. 2, der aber freilich die Stelle in andrer Weise mißversteht. s. Anm. 1.

5) A. M. Böhmer ad Carpz. qu. 76. obs. 6 und med. ad art. 179. §. 12. Hommel rhaps. 677. Koch instit. §. 152. Meister rechtl. Erk. IV. dec. 95. n. 10. G. J. F. Meister princ. §. 116. Struben rechtl. Bed. II. 113. IV. 28. Quistorp I. §. 47. Leyser Spec. 289. med. 6. Heffter im N. Arch. XII. 256—258. s. jed. Lb. §. 55. n. 7. Ueber die frühere Wirt. Praxis Hufnagel I. 215 Note.

6) Clarus V. qu. 85. n. 3 sq. Mevius ad jus Lubec. qu. praelim. 4. n. 21. vgl. Böhmer de del. extra territ. comm. §. 15 sq. Selchow Rechtsfälle IV. nr. 130. Schott de vi legum civ. in subditos tempor. Quistorp I. §. 48. Kleinschrod I. §. 138. Henke I. 334. Birnbaum im N. Arch. XI. 318 f. (doch in sehr beschränkter Weise), Heffter eb. XII. 268—270. Cremani I. c. 3. §. 9. Renazzi I. c. 8. §. 5. — s. dag. Grotius II, 9. §. 26. 11 §. 5. nr. 2. Oersted Grundreg. S. 274. Tittmann I. §. 13. not. u. Roßhirt im N. Arch. IX. 520. 521.

7) s. bes. Feuerbach, Tittmann, Oersted, Martin, Berner ꝛc.

bei auch den ad Anm. 2) herrschenden Grund wenigstens insoweit geltend machen, daß man sagen darf, es könne keinem Zurechnungsfähigen, in europäischen Sitten Aufgewachsenen zugetraut werden, nicht bedacht zu haben, daß die betreffende Handlung als gefährliche oder dem öffentlichen Anstand verletzende unfehlbar polizeilich verpönt sein werde [1]). Gleichwohl liegt es in der Natur der Polizeivergehen, daß hier selbst bei Staatsangehörigen, und noch mehr bei Auswärtigen, Ausnahmen von der Regel in weiterem Umfange zugelassen werden müssen, wie denn auch alle Schriftsteller, die überhaupt in Beziehung auf ignor. jur. zwei Gattungen von Delikten unterscheiden, die Polizeivergehen regelmäßig zu den del. j. civilis oder dgl. rechnen [2]).

4) Wo nun keine völlige Entschuldigung wegen Rechtsunkenntniß Platz greift, da fragt sich, ob der Handelnde wegen dolus zu bestrafen oder ob auch eine kulpose Rechtsunwissenheit zu statuiren sei? Letzteres wird von sehr Vielen angenommen [3]) (wenn auch manchmal nur in Beziehung auf die delicta j. civ.). Dagegen giebt es auch einige, die es verwerfen [4]). In der Sache haben die Letzteren Recht, wenn auch nicht in der Begründung, die besonders bei Oersted voll eingestandener Inkonsequenz ist und auf Machtsprüchen beruht [5]). Bei Verbrechen liegt der Grund eben wieder nur in ihrer Natur selbst, welche jedem Zurechnungsfähigen, der das Alter der kriminellen Verantwortlichkeit erreicht hat, bekannt sein muß, so daß die Einrede der Unwissenheit hier nur entweder (in dem im §. angef. Ausnahmsfall) völlig entschuldigen kann, oder als affektirt und gänzlich verwerflich erscheinen muß [6]). Bei Polizeivergehen ist eine ver-

1) so bes. die Unvorsichtigkeit mit Feuer, Waffen, Gift, sittenpolizeilicher Unfug u. dgl. Heffter N. Arch. XII. 148. 259. Und zwar gilt dies nicht nur für Staatsangehörige, sondern auch für Ausländer, besonders in Fällen, wo irgend eine Rücksicht es diesen vorzüglich nahe legt, sich mit den Landesgesetzen bekannt zu machen. Quistorp I. §. 48. Roßhirt N. Arch. IX. 521. Heffter eb. XII. 269. 270. Oersted a. a. O.

2) Feuerbach §. 86. n. 1. Grolman §. 102 a. E. Wächter I. S. 120. unt. Roßhirt N. Arch. IX. 515. Entw. S. 209. Henke I. 333. 334. Mittermaier N. Arch. X. 574—576. A. M. Kleinschrod I. §. 139. Birnbaum N. Arch. XI. 326 und in anderer Weise Berner S. 45—48.

3) s. schon Farinac. qu. 90. n. 95. 96 und die dort Angeff. Böhmer med. ad art. 179. §. 12. Aeltere deutsche Schriftsteller sprachen, unter Vermeidung der Begriffe von dolus und culpa oft nur von Strafmilderungen, so Quistorp I. §. 47—49 (bei vermeidlichem Irrthum nimmt er aber, wie es scheint, doch immer dolus an). G. J. F. Meister princ. §. 116. Salchow Darstellung I. §. 73. — s. aber bes. Kleinschrod I. §. 135 f. Schröter §. 101. 102. Feuerbach §. 57. Henke I. 331 f. Roßhirt Entw. S. 211. Abegg S. 145. Heffter in der oft angef. Abh. Bauer Abh. I. 253. s. aber auch S. 159. 160. Marezoll S. 100.

4) Oersted a. a. O., dem Wächter, Martin u. A. beistimmen; s. auch Jarcke und Luden a. a. O. Bei letzterem ist freilich die Sache von geringerer Bedeutung, da er die culpa überhaupt nur in der Form der luxuria kennt. Uebrigens sind die Behauptungen im Hdb. I. 246 ob. (S. 286) u. S. 262 schwer zu vereinigen! Rossi II. c. 22.

5) N. Rev. S. 624 ff.

6) Sekundär führt diesen Grund auch Oersted S. 272 an. s. auch Schwarze a. a. O. S. 48. 49. vgl. N. Rev. S. 620. In der praktischen Anwendung würde die gegentheilige Ansicht jedenfalls nur auf ein enges Gebiet zusammenschrumpfen, da die meisten Verbrechen nur dolo begangen werden können. Wollte man sie aber gleichwohl auch

meidliche Unwissenheit allerdings denkbar. Allein theils ist es unrichtig, diese unter den Begriff der culpa zu subsumiren, theils tritt hier ein andrer Grund ein, warum das vermeidliche Nichtwissen dem positiven Ungehorsam im Allgemeinen (bei relativ bestimmten Strafen wäre allerdings ein Unterschied zu machen) gleichgestellt wird. s. §. 68. Anm. 3 [1]).

5) Besonders ist noch die Frage bestritten, wie der Fall zu behandeln sei, wenn der Handelnde zwar das betr. Strafgesetz (resp. die Unerlaubtheit der Handlung in genere) gekannt zu haben zugiebt, aber nicht gewußt haben will, daß seine Handlung in specie hierunter zu subsumiren sei? [2]) — In der Regel wird diese Unwissenheit als eine affektirte erscheinen, da die Kenntniß des Allgemeinen (des Gesetzes) nothwendig auch die Besonderheiten, die es enthält (die Fälle der Anwendung des Gesetzes) in sich schließt. Allerdings giebt es nun auch im Strafrecht manche bestrittene Fälle, von denen es in der Wissenschaft zweifelhaft ist, ob sie noch unter ein bestimmtes Verbrechensgenus gehören? [3]) Allein gerade die Zweifelhaftigkeit solcher Fälle fordert den Handelnden doppelt zur Vorsicht, zur Bezähmung seines Kitzels auf. Handelt er gleichwohl seinem subjektiven Meinen und Belieben gemäß, so liegt für die Wissenschaft kein Grund vor, wegen einer solchen, einen eventuellen dolus (zum mindesten die höchste luxuria) in sich schließenden Selbstüberhebung [4]) von der Regel abzuweichen. Eine sichere Grenze für Ausnahmen ließe sich in keinem Falle ziehen. Wo daher nicht schon ohnedies wegen Affekts oder dgl. mit der Strafe herabzugehen ist, kann hier nur die Begnadigung aushelfen [5]).

6) Was die Gesetzgebung betrifft, so schneiden die Theresiana und der C. Maxim. bei del. j. natur. alle Entschuldigung ab [6]). Bei del. j. civilis läßt erstere nie völlige, wohl aber, — wenn die Unwissenheit nicht gar schuldhaft sei, — wenigstens Entschuldigung von der poena ordin. zu. Der letztere da-

---

bei diesen geltend machen, wie es allerdings im Sinne einiger Kriminalisten zu liegen scheint, so würde eben einfacher Unsinn herauskommen.

1) Gewöhnlich wird der Satz selbst richtig aufgestellt, aber meist mit schiefer Begründung. G. J. F. Meister princ. §. 116. not. b. Heffter a. a. O. S. 148. s. übr. auch Lb. §. 67. not. 5 a. E. Oersted S. 273. Roßhirt Entw. S. 211. Kuhn Polizeistrafrecht S. 67 f. Baumeister Bemerk. 1. S. 12. 22. Hélie VIII. 276—278.

2) Quistorp I. §. 49 vermengt die Frage mit einer ganz andern; indessen ist soviel ersichtlich, daß er nur die Alternative zwischen doloser oder gar keiner Verantwortlichkeit zulassen will. Entschieden für dolose Verantwortlichkeit sprechen Oersted S. 276 u. Luden Hdb. I. 289. n. 4. Für gänzliche Entschuldigung scheint Wächter I. S. 121 zu sein (in der N. Rev. S. 625 war dies anders aufgefaßt). Dagegen lassen Zurechnung zur culpa offen Jenull I. 149. Henke I. 330. 331. Heffter N. Arch. XII. 147. 149—151. Ungenau sind Bauer Abh. I. 253. j. 262—264. Schwarze a. a. O.

3) s. bes. Heffter a. a. O. und schon die ital. Juristen bei Farinac. l. c. n. 102—104.

4) Kleinschrod I. §. 141—143. Henke I. 331. s. auch Heffter selbst S. 150. 151 und Luden Hdb. I. 248 Note.

5) vgl. N. Rev. S. 625. 626 und Arnold im N. Arch. 1843. S. 527.

6) Die Theres. I. Art. 11. §. 9 spricht sich hierüber klarer aus, als der C. Max. I. c. 1 §. 31. s. aber die Anm. z. §. 31. a. (wo freilich mit Berufung auf Kress, Leyser rc. selbst in capitibus juris nat. magis abstrusis et intricatis die ignor. jur. bei einfältigen Leuten als Milderungsgrund zugelassen wird).

gegen sagt: „Unwissenheit in Sachen, welche von Rechtswegen zu ignoriren erlaubt ist, entschuldiget, wo nicht von aller, doch von der Ordinaristraff" [1]). Das preuß. LR. (Einl. §. 12. 13) stellt allgemein die Vermuthung der Gesetzeskenntniß auf, läßt aber Entschuldigung zu, wenn bisher gleichgiltige Handlungen durch Strafgesetze verboten oder eingeschränkt worden seien. Genauer aber heißt es später [2]): eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit könne durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden; sonst treffe die Strenge der Gesetze nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und im Stande gewesen sei. In allen diesen Gesetzgebungen schloß man sich also unbefangen der herkömmlichen gemeinrechtlichen Theorie und ihrer Scheidung von zwei Kreisen von Delikten an, nur daß das Allg. LR. dem Begriff der del. j. natur. einen andern aus naturrechtlicher Abstraktion gewonnenen unterschob [3]). — Am nächsten schließen sich diesen Gesetzgebungen [4]) die sächsische, wirtembergische und hannövrische an. Zwar ließe das sächs. GB. Art 68 (j. Art. 31) den Schluß zu, daß Nichtkenntniß der Strafbarkeit überhaupt immer — mindestens vom dolus — entschuldigen solle [5]). Allein das GB. muß aus dem Ges. 6. Sept. 1834 ergänzt werden [6]), wornach die Praxis unbedenklich die gewöhnliche gemeinrechtliche Unterscheidung von del. j. nat. und j. civ. in der Weise in Anwendung bringt, daß bei letzteren Entschuldigung angenommen wird, wenn man keine Rechtsbelehrung erhalten konnte (und zwar auch im Fall der Anm. 5) [7]). Eben dies ist der Sinn des wirt. GBs. Art. 99 [8]), und des hannövrischen Art. 84, nr. 6 [9]), je nach der Auslegung. Letzteres enthält noch einen besondern Strafminderungsgrund für Ausländer, die sich erst kurz in Hann. aufhalten und eine Handlung begehen, die in ihrem Vaterlande nicht mit Strafe bedroht ist. Daß bloße Unbekanntschaft mit der Art oder Größe der Strafe nichts ausmache, sagen alle drei Gbücher deutlich [10]), wogegen sie über die Behandlung der verschuldeten Unwissenheit (ob dolus od. culpa anzunehmen sei?) sich nicht aussprechen [11]). — Die Bestimmung des hannövr. GBs.

---

1) Dazu sagen die Anm., daß ignor. jur. bei del. j. civ. nur von denen vorgeschützt werden könne, quibus jus ignorare licet. Offenbar ist daher hier die Theorie zum Gesetz erhoben, welche nach Berners Meinung erst von Feuerbach eingeführt sein soll!

2) II, 20. §. 10. 11. vgl. Jarcke in Hitzigs Zeitschr. H. 5. S. 103. 104. Sehr ungenau ist Mittermaier n. 2. z. F. §. 57.

3) Ob und in wieweit gänzliche Entschuldigung stattfinden könne, sagt weder der C. Max., noch das Allg. LR. mit Bestimmtheit.

4) Unrichtige Abstraktionen s. bei Häberlin I. 5. 28, dem Berner S. 39 folgt. Ungenügend sind auch die Anführungen bei Luden I. 246. n. 5.

5) Den entgegengesetzten Schluß zieht daraus Breidenbach I. 1. S. 554. n. 3.

6) Krug Studien I. S. 138. 139. Weiß S. 293. nr. 2.

7) N. Jahrb. 1845. S. 478. 479. Schwarze eb. VI. 50. 51. (j. 48?). s. aber auch Weiß a. a. O. not. 1. vgl. N. Jahrb. VI. 306. 307.

8) vgl. Mot. S. 56. Hufnagel I. 214–216. vgl. jedoch III. 637. 638. 653. 657 ff., wornach die Praxis in der Entschuldigung hie und da noch weiter geht.

9) Leonhardt I. 361 legt es wenigstens so aus. vgl. aber Schlüter S. 68. n. 25. 26, welcher die Beschränkung auf del. j. civ. nicht macht, dag. den Fall der Anm. 5 ausdrücklich als unter dem Gesetz mitbegriffen erwähnt.

10) Sächs. GB. Art. 68. Wirt. Art. 55 (jetzt als Gesetz weggefallen). Hannövr. Art. 41.

11) s. freilich Hepp Komm. I. 692. n. 2 (?). dag. N. Rev. S. 624.

ist aus dem bairischen Art. 121 entnommen. Allein es ist höchst oberflächlich und unrichtig, wenn man meint, auch das bair. GB. sei der Entschuldigung mit Rechtsunwissenheit (wie das hannövr.) günstig [1]). Denn der Art. 121 wird ebenso, wie in andrer Richtung der Art. 39, nichtssagend durch den Art. 71, der die Entschuldigung mit Rechtsunwissenheit nur den Unzurechnungsfähigen (Blödsinn, große Dummheit und andre dgl. Gemüthsfehler) zu gut kommen läßt [2]). Da diese Ausnahme nun in Wahrheit gar keine ist (Anm. 1), so gehört das bairische GB. vielmehr in Eine Klasse mit dem östreich. (§. 3) [3]), dem braunschw. §. 31 [4]), hess. Art. 41 [5]), bad. §. 73 [6]) und thüring. Art. 63, welche sämmtlich für die im StrafGB. enthaltenen Delikte die Entschuldigung mit Rechtsunwissenheit geradezu und völlig abschneiden. Eben dies gilt auch nach neuem preußischem Recht, wo in diesem Sinne gar keine Bestimmung über Rechtsunwissenheit in das GB. aufgenommen worden ist [7]) (daher hier die Regel auch auf die bloßen Uebertretungen bezogen werden muß [8]), was im östr. GB. (1852) im Art. 233 für Vergehen und Uebertretungen ausdrücklich ausgesprochen ist) [9]). Auf denselben Standpunkt stellen sich auch die neuen Entwürfe für Baiern Art. 60 und Sachsen Art. 92 [10]).

7) Es ist wohl auch, um Berufungen auf Rechtsunwissenheit möglichst abzuschneiden, der Vorschlag gemacht worden, die Belehrung über die Strafgesetze unter die Gegenstände des Unterrichts in den Elementarschulen aufzunehmen [11]). Der Vorschlag erscheint jedoch nach dem in Anm. 2. Ausgef. als überflüssig [12]).

---

1) so z. B. Jarcke I. 142. Breidenbach I. 1. S. 555. n. 3. Heffter N. Arch. XII. 140. Häberlin I. 28 (resp. Berner S. 39).

2) vgl. Feuerbach §. 90. not. 3—5. 13. Arnold im N. Arch. 1843. S. 522—527.

3) Jenull I. 149. 150. 152—156. Hye S. 184. 214—218.

4) s. jedoch Breym. S. 195, wo unter Hinweisung auf §. 60. 66. nr. 1 gesagt ist, daß unter Umständen, namentlich bei Ausländern, ein Strafminderungsgrund Platz greifen könne.

5) Breidenbach I. 1. S. 551—564 (s. bes. die richtige Ausführung gegen die Annahme einer Zurechnung verschuldeter Unwissenheit zur culpa).

6) Thilo S. 110 (s. hier bes. über die Gründe, warum die vorgeschlagenen Ausnahmen wieder aufgegeben wurden).

7) Beseler S. 196. Goldtammer I. 377—379. 434. (A. M. Hye S. 218 Note *.)

8) vgl. Goldtammer II. 709. 710.

9) Für Ausländer ist §. 234, 1 dasselbe vorgeschrieben, falls sie in Oestreich sich eines Verbrechens oder einer Uebertretung schuldig machen.

10) vgl. Motive S. 161. Höchst auffallend ist, daß ein Irrthum in anderweitigen Rechtsgrundsätzen, die bei der Handlung in Betracht kommen, — s. Anm. 1. a) — nach Art. 94 nur als Strafmilderungsgrund wirken soll.

11) Tittmann üb. den Unterricht des Volks in den Strafges. auf Schulen. 1799. Bauer Abh. I. 158. (Dieser stellt den Elementarschülern die Soldaten an die Seite).

12) s. auch Jarcke I. 141. n. 14.

Zweiter Theil.

Die Strafe und ihre Surrogate.

§. 114.

Alles Unrecht, hiemit zumeist das Verbrechen, als höchste Stufe desselben, ist ein in sich Nichtiges und deshalb schlechthin Wiederaufzuhebendes (§. 1—3). Wie aber das Verbrechen selbst zwei wesentliche Momente hat, ein objektives (als Verletzung des im Staate gesetzten Rechts §. 5 ff.) und ein subjektives (als schuldvolle, das Recht mit Wissen und Willen verletzende Handlung eines Menschen §. 38 ff.), so muß auch die angemessene Wiederaufhebung desselben zwei entsprechende Seiten haben, — objektiv die Wiederherstellung des verletzten Rechts, subjektiv die Tilgung der verbrecherischen Schuld. Diese adäquate Tilgung des Verbrechens vollzieht sich A) durch die Strafe. Da nun aber diese wesentlich bedingt ist durch das irdische Dasein des schuldigen Individuums, so fällt ebenso ihre Möglichkeit (auf subjektiver) wie ihre Nothwendigkeit (auf objektiver Seite) hinweg B) durch den Tod des Verbrechers. — Bleibt aber auch der Verbrecher am Leben, so tritt anstatt der Strafe, als sowohl objektiv wie subjektiv das Verbrechen tilgend, die unendliche Macht der Zeit ein C) in der Verjährung. N. Rev. §. 4—6. 10—13. 160—165. 197. 216. 217.

Erstes Kapitel.

Die Strafe.

§. 115.

Dem Begriffe des Verbrechens gemäß (§. 112) ergiebt sich als angemessene, weil beiden wesentlichen Seiten entsprechende Wiederaufhebung desselben die Strafe. Eben hieraus konstituirt sich 1) ihr Begriff. Aus beiden Momenten lassen sich aber 2) verschiedene Zwecke der Strafe ableiten, welche — abstrakt aufgefaßt — mannigfach mit einander kollidiren. Aus der Rückbeziehung dieser vielfach

auseinanderlaufenden Zwecke auf den Begriff ergiebt sich jedoch 3) das **Prinzip** für die Strafe im e. S., d. h. für die vom Staat ausgehende, auf Verbrechen im e. S. sich beziehende Strafe. N. Rev. §. 197.

Erster Abschnitt.

Begriff der Strafe.

§. 116.

Die Strafe enthält a) die **objektive Wiederherstellung des Rechts** aus seiner Verletzung. Darin liegt ihre abstrakte Gerechtigkeit und absolute Nothwendigkeit. Ueberall fordert nämlich die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in sich Nichtige, auch wirklich als solches aufgewiesen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wiederaufgehoben werde. Gegenüber dem bürgerlichen Unrechte (§. 3) wird diese Forderung durch den Entschädigungszwang erfüllt. Denn der Gegenstand der Verletzung ist hier nicht das Recht als solches (der Substanz nach), sondern das Unrecht liegt nur in einer irrigen Subsumtion des besonderen Interesses unter den an sich in seiner absoluten Geltung anerkannten Rechtsbegriff. Ein Unrecht liegt auch hierin, weil immer ein Recht verletzt oder mit Verletzung bedroht ist und zwar mit dem Willen der betreffenden Person, die sich nur des Widerspruchs ihres Anspruchs mit dem an sich anerkannten Rechte nicht bewußt ist oder diesen Widerspruch wenigstens vor sich selbst verläugnet. Da aber das Unrecht hier unbewußt und unbefangen ist, so wird dasselbe völlig gut gemacht, wenn der betreffenden Person das Irrige ihrer Voraussetzung aufgewiesen und sie infolge davon angehalten wird, den streitigen Gegenstand oder seinen Werth zu restituiren. Dagegen kann die im Verbrechen liegende Verletzung der Substanz des Rechts (§. 6) durch die etwa mögliche (u. betr. Falls nothwendige) Restitution der äußerlichen Sache oder ihres Werths nicht wieder aufgehoben werden, da sie weit über diese hinausgeht, abgesehen davon, daß in vielen Fällen eine solche Entschädigung unmöglich wäre. Hier handelt es sich stets um eine grundsätzliche Verletzung des Rechts, um einen Angriff auf dasselbe in seinem innersten Kern und Wesen, mithin um ein Unrecht, das im Wissen und Willen des Handelnden liegt. Da nun das spezifische Unrecht beim Verbrechen eben nur in diesem Willen liegt, so folgt, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens sich am Willen des Verbrechers vollziehen, in einem Zwange gegen diesen Willen bestehen muß. N. Rev. §. 198 [1]).

1) **Mein Wendepunkt** 2c. S. 19—21. **Abegg** §. 4.

Durch das im §. als wesentlich angegebene Moment der Strafe: objektive Genugthuung für das verletzte Recht, — Ausgleichung der durch den Rechtsbruch erzeugten Rechtsungleichheit, — und zwar in einer über den einfachen Schadensersatz hinausgehenden Weise, rechtfertigen sich auch die an sich unreifen Formen des Strafrechts: Privatrache und Privatstrafe [1]). Erstere ist eben nur der naive Ausdruck des abstrakten Prinzips der absoluten Nothwendigkeit der Wiederaufhebung des Unrechts, den maßgebenden Begriff des Schadensersatzes unendlich überflügelnd. Wenn aber vorgerückte Bildung eben durch die Zugrundlegung des letzteren in der Privatstrafe (Buße) die rohe Maßlosigkeit der Rache zu mäßigen sucht, so geht doch die Privatstrafe in dem Begriff des Schadensersatzes keineswegs auf. Die römischrechtlichen Privatstrafen, abgesehen vom Verlust einzelner Rechte und Sachen, bestehen in dem Verlust einer Quote des Vermögens überhaupt [2]), oder wenigstens in einem Mehrfachen des Schadensersatzes [3]). Ebensowenig ist die germanische Buße bloßer Schadensersatz [4]). Selbst die germanische Privatrache hat durch ihren Zusammenhang mit dem Begriff des Friedens, des Friedensbruchs und der Friedloslegung ein öffentlichrechtliches Moment an sich; aber auch neben der Buße geht einerseits das Friedensgeld, andrerseits das capitale her, und statt der Buße, wenn der Verbrecher sie nicht zahlen will oder kann, tritt eben wieder Friedlosigkeit — und in späterer Zeit sogar geradezu öffentliche Strafe ein [5]). Immer ist aber natürlich in der Form der Rache und der Privatstrafe der Begriff der Strafe durch privatrechtliche, oft fast überwältigende Momente getrübt.

§. 117.

Diese objektive Genugthuung für das verletzte Recht enthält nur erst den abstrakten Akt der Gerechtigkeit, die Nichtigerklärung des verbrecherischen Willens an sich. Der Begriff der Strafe muß aber ebensowohl b) die Tilgung der verbrecherischen Schuld in sich schließen (§. 114), d. h. eine Beziehung auf das Innere des Verbrechers haben, zu seiner Abschreckung von weiteren Verbrechen, zu seiner Besserung dienen. N. Rev. §. 199 [6]) vgl. 160—165.

Die Strafe in der reinen Form der (sowohl Abschreckung als Besserung, aber nur im Keim in sich schließenden) Züchtigung findet sich nur in patriarchali-

---

1) s. das römische Recht (vindicta privata in der ältesten Zeit, und das Privatstrafrecht — in freilich immer fortschreitender prinzipieller Abschwächung — bis in die letzte Zeit herab) und das germanische, ja noch das deutsche Recht (Rache, Buße, demüthigende Strafen, — in einzelnen Resten noch bis in's 19. Jh. herab).

2) s. z. B. l. 11 C. de repud. (5. 17).

3) s. z. B. §. 18. 19. 25. 26. J. de action. (IV. 6). Ueber actiones poenae nomine conceptae s. Cujaz. obs. 24. c. 18. u. die Bemerkung von Heffter §. 179.

4) Wilda S. 314 ff.

5) s. meinen Art. in d. Zeitschr. f. DR. XIV. 367 ff. Ueber die Strafen des Widerrufs, der Abbitte und Ehrenerklärung sind die Ansichten freilich sehr verschieden, da sie einige für Privat-, andre für relativ öffentliche Strafen ansehen, einige sogar bloß den Begriff des Schadensersatzes darin finden wollen. Wächter II. §. 156. n. 95.

6) Hier ist unrichtig die Wirkung auf Dritte mit berührt.

schen, noch auf dem Standpunkte der Familie stehenden Saaten [1]). Als Moment kommt diese Auffassung aber auch auf höheren Entwicklungsstufen vor [2]); ja, da sie sowohl die objektive wie die subjektive Seite der Strafe, die Genugthuung für das Verbrochene und die pädagogische Tendenz, zugleich in sich schließt, kann man sie die Wurzel auch des völlig entwickelten Strafrechts nennen. Was dagegen die beiden subjektiven Tendenzen betrifft, welche in dem Begriffe der Züchtigung liegen, so ist die der Abschreckung [3]) in dem weltlichen Strafrechte aller Zeiten nur zu oft mit mehr oder weniger einseitiger Schroffheit aufgetreten (in der Regel freilich in Form der Generalprävention). Die der Besserung ist als vorwiegende Maxime im kanon. Recht zur Geltung gebracht worden [4]). Als spezifischer Gesichtspunkt für die Einrichtung der Strafe aber tritt die pädagogische Tendenz im Ganzen nicht in dem Strafrechte des Staats, sondern in dem der Familie, der Schule und der Kirche (§. 26) auf. Auch paßt sie in abstrakter Auffassung eben nur hiefür, da sie, einseitig festgehalten, das Strafrecht auf das Gebiet der Moral versetzt.

§. 118.

Diese subjektive Beziehung der Strafe (§. 117) würde jedoch, für sich festgehalten, die Strafe zu einer allgemeinen Reaktion gegen die gesammte Subjektivität des Verbrechers verflüchtigen. Da aber die Strafe im e. S. durch das Verbrechen, d. h. durch eine bestimmte Handlung bedingt ist, so darf auch die subjektive Beziehung der Strafe nicht über das Maß der bestimmten verbrecherischen Handlung hinaus sich geltend machen. Sie darf also nur als Modalität innerhalb des objektiven Moments (§. 116) wirksam werden. Es ergiebt sich daher c) als Maß für die Strafe die Größe des begangenen Verbrechens, d. h. der verbrecherische Wille ist in demselben Umfange und in derselben Intensität einem Zwange zu unterwerfen, in welchem er dem im Gesetz ausgesprochenen allgemeinen Willen Zwang angethan hat. Dieser Zwang gegen den verbrecherischen Willen in dem Maße, welches er selbst durch die verbrecherische Handlung aufgestellt hat, ist eben nur die Selbstdarstellung seiner Nichtigkeit und erscheint

---

1) Henke I. §. 6. und theilweise (s. N. Rev. S. 629. n. 1) Abegg Strafrechtstheorieen. S. 20—23.

2) Im römischen Recht jedoch (mit Recht) vornämlich nur beim Strafrecht der Familie und seinem öffentl.rechtlichen Surrogat. l. 9 §. 3 D. de off. procons. (1. 16). l. un. C. Th. de emendat. prop. (9. 13). s. indessen auch l. 20 D. de poen (48. 19). Nov. Leon. 105. Just. Nov. XII, 1. Abegg a. a. O. S. 88—91. P.G.O. Art. 142 a. E. 158 a. E.

3) vgl. z. B. l. 6 i. f. D. de cust. reor. (48. 3). l. 20 i. f. C. de furt. (6. 2). l. 14 C. de poen. (9. 47).

4) Abegg a. a. O. S. 105—114. Sehr oberflächlich ist hier Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 584. s. dag. bes. Jarcke I. 51 ff. Henke I. §. 14. Luden I. 83. Mejer de divers. summorum poenae princ. p. 30 sq. Richter Kirch.R. §. 198. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. 171 ff. Wilda S. 530 ff.

äußerlich als Wiedervergeltung [1]). Sie ist als solche objektiv gerecht, indem sie nur Gleiches mit Gleichem (aber in der idealen Form des Werths) vergilt. Zugleich ist sie subjektiv gerecht, indem sie den Verbrecher nur nach dem Gesetze behandelt, das er selbst aufgestellt hat [2]). Sie erscheint äußerlich als ein Uebel [3]), ist aber in Wahrheit ein Gut, sofern sie dem Verbrecher die Nichtigkeit seines unvernünftigen Willens (eben so weit er es ist) zum Bewußtsein bringt und die Wiederherstellung seines Vernunftwillens aus seiner Selbstverneinung zum Zwecke hat. N. Rev. §. 198 a. E. 200 [4]).

1) Wenn das positive Recht älterer Zeiten zuweilen das Strafrecht auf das Prinzip der materiellen Talion gründete [5]), so war nicht der Gedanke an sich, sondern nur die Rohheit der noch ganz sinnlichen Auffassung zu tadeln [6]). Uebrigens hält diese Rohheit gar wohl den Vergleich mit andern geschichtlichen Perioden aus, wo man sich über jenen kindlichen Standpunkt erhaben dachte, dagegen dem Moloch des Abschreckungs-, Sicherungs- und andrer politischer Zwecke noch weit barbarischere Opfer brachte. Auch sollten bei den beliebten Deklamationen gegen das Prinzip der Wiedervergeltung besonders die Vertheidiger der Todesstrafe den Zusammenhang ihrer Vorstellungen mit der rohen Vorstellung der Talion nicht vergessen!

2) Eine Kritik der Strafrechtstheorieen zu liefern, verbietet hier der Raum. Sie kann, wenn sie fruchtbar sein soll, nur in geschichtlicher Darstellung gegeben werden [7]) und ist deshalb der Geschichte des Strafrechts zu überweisen [8]). Es

---

1) Möller S. 36—39 findet darin eine unwirkliche Abstraktion, die Aufhebung eines „bereits Vergangenen", — ganz mit Unrecht; denn der im Verbrechen entäußerte bloße Wille ist fortwährend existent, bis eben die Reaktion erfolgt, die ihm seine Nichtigkeit ad hominem nachweist. M. will dies freilich Abschreckung genannt wissen; aber diese ist eben nur als Konsequenz gerechter Vergeltung vernünftig. vgl. S. 229.

2) Ueber die Bedeutung dieses oft mißverstandenen Satzes s. N. Rev. S. 777 ff.

3) Hepp meint freilich, nach der hier vorgetragenen Theorie sei dies nicht der Fall. s. die Abfertigung b. Abegg N. Arch. 1845. S. 261 ff.

4) Hegel Rechtsphil. §. 99—101. 220. Abegg Lb. §. 48. 49. 114—116. Wirth Ethik II. 318 ff. Naumann üb. die Strafrechtstheorie und das Pönit.-system. 1849.

5) s. z. B. das mosaische Recht, das 12 Taf.Gesetz: qui membrum rupit ꝛc., das westgothische Gesetzbuch u. s. f. Abegg Strafr.theor. S. 83. n. 87. Wilda S. 511. vgl. aber noch Schwab. Sp. 176. Stadtr. v. Ens 1212. c. 5 (Gaupp II. 218), von Wien 1221. c. 10 (eb. 241). Mainz. Waldpotenr. b. Siebenkens Beitr. I. 66 ꝛc., bes. das flandr. Recht im MA.

6) Ueber die ideellere Auffassung unter Zugrundlegung des Begriffs des Werths s. Abegg Strafrechtstheor. §. 21. Trefurt N. Arch. 1838. S. 275. 276. Berner eb. 1845. S. 159—162.

7) Versuche einer solchen Darstellung s. bei Henke üb. den Streit der Strafr.theorieen. Abegg Strafrechtstheorieen S. 8 ff. (wo freilich die Kategorieen sehr mangelhaft sind), N. Rev. S. 764—850. vgl. auch Stahl Rechtsphil. II, 2. S. 372 ff. und meinen Art. in Arndt's Germania II. S. 408 ff.

8) Gewöhnlich erhält man statt historischer und phänomenologischer Entwicklung nur Kritiken von einseitigem Standpunkte aus oder auch wohl willkührliche Klassifikationen nach sehr wohlfeilen, und mit kleinlichem Scharfsinn in's Barocke zersplitterten Ein-

kann daher hier nur von einer allgemeinen Orientirung die Rede sein. So ist denn hier vorerst zu bemerken, daß die §. 116—118 gegebene Ableitung der Strafe und des Strafrechts zu den sog. absoluten gehört, d. h. zu denjenigen, welche die Strafe nicht aus einem außerhalb ihrer selbst liegenden Zwecke rechtfertigen, sondern in ihr die schlechthin nothwendige Folge des Verbrechens, sie als an und für sich gerecht und darum als Selbstzweck, als absolut erkennen. Richtiger gesagt, giebt es aber überall nur Eine absolute Theorie, wiewohl in verschiedenen mehr oder minder reifen Auffassungsweisen. Sieht man zunächst von dem älteren vorkantischen Naturrechte ab, in welchem allerdings der Grundgedanke der absoluten Theorie sehr häufig ausgesprochen, aber in seiner Absolutheit sogleich wieder durch unvermittelt daneben anerkannte äußerliche Zwecke begrenzt ist [1]), — so findet sich die absolute Theorie als solche [2]), d. h. ohne Vermischung mit Rechtfertigung aus Zwecken, in verschiedenen Formen vor: a) so daß die absolute Nothwendigkeit der Wiedervergeltung auf die Moral begründet wird [3]), was freilich darin seine Rechtfertigung findet, daß die Sittlichkeit in allen ihren Formen doch in ihrem letzten Grund identisch ist, aber von vornherein eben an der unheilbaren Verkehrtheit der Vermischung wesentlich verschiedener Erscheinungsformen leidet [4]). b) Aehnlich verhält es sich mit der Unterschiebung der Religion unter den Rechtsbegriff, wenn nämlich die Strafe als nothwendig

---

theilungsgründen. s. bes. Feuerbach in der Bibl. I. 2. nr. 1, Revision — und Ueber d. Strafe als Sicherungsmittel. Grolman üb. d. Begründung des Strafr. S. 203 ff. Henke Hdb. I. 30 ff. Oersted Grundreg. S. 13 ff. J. G. A. Wirth Hdb. I. 80 ff. Welcker letzte Gründe 2c. S. 189 ff. Schulze Leitfaden d. Entw. d. philos. Prinz. d. Rechts §. 234 ff. Stöckhardt NaturR. S. 265 f. Bauer Warnungstheorie, und Abh. I. 3 ff. Cock de fine poenis propos. 1819. Erhardt in Martin Coll. Diss. I. nr. 12. Collmann d. Lehre vom Strafr. Escher vier Abh. S. 43 f. Vening diversae de fine poen. sententiae. 1826. Trojen de j. puniendi 1827. v. Muyden Essai sur le princ fondam. de la just. pén. 1833 Rottek Vernunfr. Thl. 3. S. 213 f. Zum Bach Ansichten über Hauptgegenstände d. Strafr. Richter philos. Strafrecht. v. Preuschen Gerechtigkeitstheorie. Reichmann Betr. üb. d. Strafr. des Staats. Möhl üb. d. Zweck d. Strafe. Henrici üb. d. Unzulängl. eines einfachen Strafprinzips. Genthe de theoriis jur crim. 1839. Biener Abhandl. 2. S. 38 ff. Schaffrath Grundwissenschaft d. Rechts. §. 182 f. Luden Hdb. I. 24 ff. Freytag d. Concessgerecht.theorie. Röder Rechtsbegründung d. Besserungsstrafe. Trummer zur Philos. d. Rechts. v. Linck üb. d. Naturrecht unserer Zeit. Martin Lb. §. 10 f. Hepp Darst. und Beurtheilung d. deutschen Strafsysteme, — u. üb. d. Gerecht. u. Nutzungstheorien d. Auslands. Mittermaier §. 7 a. z. F. Möller Kritik des Strafmaßes. 1852. Kappler S. 217 ff.

1) s. z. B. Grotius II. c. 20. Michaelis Mos. Recht. §. 242 j. Vorrede zu Thl. 6 S. 8 ff. vgl. N. Rev. S. 784. 790.

2) Von diesem ihrem Wesen haben freilich manche ihrer Gegner, wie namentlich Hepp, Bauer u. A. gar keine Ahnung! s. Berner a. a. O. S. 154. Auch Luden I. 32 mißversteht die Sache.

3) Jakob philos. Rechtslehre §. 65. Abicht Lehre von Belohnungen u. Strafen. (setzt an die Stelle der Strafe geradezu den Begriff der Züchtigung).

4) s. auch Luden Hdb. I. 42. n. 10. Richter phil. Strafr. S. 83—88. Freytag S. 68—72. Gegen gar nicht existirende moral. Straftheorien zieht Hepp I. S. 15—42 zu Felde. Ungerecht und in der Hauptsache ganz ihn selbst (II. 2. S. 770 f.) treffend ist seine Polimik gegen Jakob I. 42 ff.

zur Wiederherstellung der verletzten göttlichen Ordnung dargestellt wird [1]), eine Ansicht, die einestheils nur als eine schlecht verhüllte Modifikation (Travestie) der Hegel'schen, anderntheils als ein Rückschritt zu der alten, ganz unphilosophischen (übrigens in ihrer Kindlichkeit ehrenwerthen) Ableitung des Strafrechts aus göttlichem Auftrage [2]) erscheint. c) Auch die auf dem Boden der Rechtsidee versuchten Begründungen aber sind vielfach mangelhaft ausgefallen. aa) Die rohste Erscheinung würde eine materielle Talion fordernde Theorie bilden. Eine solche giebt es jedoch nicht [3]). Gleichwohl ist nicht zu läugnen, daß der rohe Grundgedanke der materiellen Talion „Gleiches mit Gleichem, — Uebel für Uebel" in vielen Vergeltungstheorieen nachwirkt, die im Uebrigen über die Barbarei des: Auge um Auge ꝛc. weit hinaus sind [4]). Sie fassen nur die äußere Erscheinung auf und sehen nicht ein, was im §. 118 a. E. ausgeführt ist, weil sie nicht vom Begriff des Willens ausgehen. bb) Einen sehr verführerischen Anhaltspunkt fand die zunächst nur dem Gefühle entsprungene, äußerlich aufgefaßte, vom Begriff des Staats noch unberührte Wiedervergelungstheorie in der Rechtslehre von Kant, — wenn auch allerdings zunächst nicht in seinen eigenen Aussprüchen über die Begründung des Strafrechts, welche ganz dem unaufgelösten Dualismus seiner Rechtsphilosophie entsprechen und die Konsequenz seines Rechtsbegriffs so sehr verläugnen, daß er mit einem kategorischen Imperativ durchgreifen mußte [5]). Die Jünger seines Geistes verläugneten daher ihn selbst,

---

1) Jarcke I. 240 f. Stahl Rechtsphil. II, 2. S. 81 f. 363 f. Göschel zerstreute Blätter I. 468 f. II. 343. v. Linck das Naturrecht unserer Zeit. Am unbefangensten ist noch der erste; nur freilich fehlt auch bei ihm die Hauptsache, die Einsicht in das wahre Verhältniß des substantiellen Willens zum Einzelwillen. Daher tritt in allen diesen Erörterungen die Strafe gerade in ihrer häßlichsten Gestalt — als physisches Leiden — hervor, was mit mystisch-wollüstigem, grausamem Behagen ausgeführt zu werden pflegt.

2) s. hierüber die erheiternde Polemik bei Luden I. 38, wo freilich gegen Stahl, Göschel ꝛc. nichts von Bedeutung gesagt wird. Gänzlich schief ist die Beurtheilung bei Hepp Darstell. I. 214 ff., der Stahl zum Anhänger seiner Theorie machen will!

3) Michaelis Mos. Recht §. 242 macht nur den Advokaten des hebr. Rechts, und nur in Beziehung auf Körperverletzungen. Seine eigene Ansicht ist eine ganz andere. s. Vorrede zum 6. Theil.

4) Dahin gehört schon Grotius, aber auch noch Neuere, namentlich zum Theil Kant u. seine Schule (s. nachher), ferner Winssinger de talione. 1822. Deinse de poena tal. 1822. Frey de princ. j. crim. 1824. Trip de similitud. inter del. eorumque poenas. 1834. Heinrich Andeut. d. rechtlichen Grundsätze einer Krim.-ger.vf. ꝛc. Warum Mittermaier §. 7 a. z. F. n. 6 die Letztgenannten allein und besonders als Vertreter der „Talionstheorie" aufführt, ist nicht wohl einzusehen.

5) Es ist sehr merkwürdig, wie er gerade gegen die Rechtfertigung der Strafe aus dem Staatsvertrage, worauf seine ächten Schüler, wie Fichte, Feuerbach ꝛc. so großes Gewicht legten, ganz besonders eifert und somit hier ganz den Vorläufer von Hegel macht, indem er die Nothwendigkeit der Strafe lediglich auf den in jedem Einzelnen (als homo noumenon) potentiell vorhandenen allgemeinen Willen gründet. Die Wiedervergeltung weiß er freilich nur dadurch zu rechtfertigen, daß alle andere denkbaren Rücksichten schwankend und alle außer dem begangenen Verbrechen aufzusuchenden Strafzwecke der Würde des Menschen als Selbstzwecks widersprechend wären. Metaph. Anf.gründe (1797) S. 195 ff. Gewöhnlich wird freilich die Ausführung von Kant sehr oberflächlich abgefertigt. s. Luden I. S. 38. 39. Henke I. §. 24. Bauer Warn.theorie S. 282 ff. Hepp Darst. I. 24 ff. 64 f. (größtentheils schief). Freytag S. 56 ff. s. dag. N. Rev. S. 804—806.

indem sie mit Recht auf der allgemeinen spekulativen Grundlage fortbauten [1]). Dagegen hielt sich seine unmittelbare Schule beruhigt an den seiner ganzen Deduktion der Rechtsidee zu Grunde liegenden, überdies schon von ihm selbst relativ zur Hilfe genommenen Grundsatz des Gleichgewichts der abgetheilten Freiheitssphären, woraus man mindestens soviel ableiten zu dürfen meinte, daß der Verbrecher, der in eine fremde Freiheitssphäre einen Eingriff gemacht habe, sich nicht beklagen könne, wenn ihm ein ebensogroßer in die seinige gemacht werde. Dabei wurde die Wiedervergeltung theilweise (wie namentlich von Kant selbst) noch ziemlich materiell genommen, von Andern aber auch schon ganz richtig auf den Begriff des Werths reduzirt [2]). Von allem Andern (namentlich von der Inkonsequenz der Ausführung auf dem Kantischen Standpunkt im Ganzen) abgesehen, war aber diese Wiedervergeltungstheorie jedenfalls deshalb unvollkommen, weil sie sich gemäß dem Kantischen Rechtsbegriff nur auf Verbrechen gegen Personen bezog. Andre giengen daher cc) vom Begriffe des Staats als des gesammten Rechtsorganismus aus und erklärten die Strafe als den nothwendigen Akt der Neutralisation der verbrecherischen Handlung durch die Majestät des Staats und der dadurch zu bewirkenden Wiederherstellung der Gesundheit (Harmonie) des Staatsorganismus [3]); d. h. sie faßten das §. 116 angegebene objektive Moment abstrakt auf, ohne überhaupt oder wenigstens irgendwie genügend [4]) die subjektive Gerechtigkeit der Strafe (s. §. 118 a. E.) nachzuweisen. dd) An diese Theorieen grenzt die von Hegel [5]) insofern, als auch sie den zu strafenden Menschen und

---

1) N. Rev. S. 806 ff.

2) K. S. Zachariä im A. Arch. III, 4. S. 40—43 und Anfangsgründe d. philos. Krim.rechts. Tieftrunk philos. Untersuch. Beck Komment. über Kants Metaphysik d. Sitten. Bergk Briefe über Kants Rechtslehre. Brief 24. Tafinger in s. krit. Arch. IV. 605 ff. und über die Idee einer Krim.gef.gebung. §. 94 ff. Schmid üb. d. Urgrund d. Strafr. S. 54 ff. Weber im A. Arch. VII. 236 ff. Fries phil. Rechtslehre S. 57 f. Krug naturrechtl. Abh. nr. 6. Borst Vers. einer neuen rein rechtl. Darst. d. Strafr. (N. Rev. S. 771). Wie Mittermaier a. a. O. auch Trefurt hierher rechnen mag, ist nicht zu begreifen. Rotteck a. a. O. neigt sich mehr zu Fichte, s. aber auch dens. b. Thilo S. 23—26. Zu Zachariä vgl. Henke I. §. 25.

3) J. J. Wagner System d. Idealphilos. S. 136 ff. und Grundriß d. Staatswiss. §. 617 ff. Reber üb. d. Begriff von Verbr. und Strafe. Hänsel üb. das Prinzip d. Strafr. Henke Hdb. I. 1—12. 119—121. (vgl. aber Gesch. d. Strafr. II. 362 ff). v. Savigny Syst. I. 26. Heffter §. 4—7.

4) Dies gilt bes. von Henke a. a. O., der hier nur an das sittliche Gefühl appellirt, von Versöhnung mit dem Schutzgeist spricht u. dgl., und sich daher mit Unrecht von J. J. Wagner absondert. Andere, die mit der absoluten Theorie liebäugeln, bedienen sich noch weniger sagender Floskeln, so z. B. Henrici a. a. O. S. 55. 58. 79. Möhl a. a. O. S. 38. 39. Brocher sur l'élément moral du droit. crim. 1836. Gegen solche schlechte Variationen des kategorischen Imperativs hat freilich Bentham princ. de legisl. ch. 13. n. 7 ganz Recht. Nach Hepp I. 168 ff. dagegen sind Konstruktionen, wie die von Wagner und noch mehr die Hegel'sche, logisch, d. h. nüchtern, kalt, todt, wogegen Ausführungen, denen es an Begriffen fehlt, warm und anziehend sind!

5) Ueber die wissensch. Behandlungsarten des Naturrechts. s. Werke I. S. 341 f. 363 f. 405 f. Encyklop. §. 50. Naturrecht §. 90 ff. — nach ihm Richter philos. Strafr. (vgl. N. Rev. S. 772), Abegg Lb. §. 48. 49 (vgl. N. Rev. S. 776—778). Trefurt im N. Arch. 1838. S. 274—277. Wirth Ethik II. 319 ff. Berner a. a. O. Ueber das Verhältniß von Luden zu Hegel s. N. Rev. S. 772—774.

die Beziehung der Strafe auf ihn und alle Einzelnen mindestens sehr als Nebensache betrachtet. Andrerseits ist es nur sie, welche den von Kant seinem dualistischen Schwanken zwischen Absolutheit und durch das Ich bedingter Relativität der Rechtsidee im Sinne der ersteren oktroyirten kategorischen Imperativ, — und welche zugleich die (s. cc) diesem Imperativ unterschobenen Formeln (und Floskeln) wirklich spekulativ zu begründen gewußt hat [1]), ohne (wie die unter a. b. Genannten) vom Gebiete des Rechts abzuirren. Dies geschah durch die Feststellung des Verhältnisses zwischen dem allgemeinen und dem Einzelwillen, und die auf die Substantialität des (auch im Einzelnen potentiell vorhandenen) [2]) ersteren gegründete Fixirung des Prinzips der absoluten Nichtigkeit des Unrechts. Nur von hier aus konnte ferner gezeigt werden, daß und warum das Verbrechen absolut, und zwar gerade am Willen des Verbrechers wieder aufgehoben werden, und daß und warum diese Wiederaufhebung nach dem Prinzipe der Wiedervergeltung vor sich gehen muß. Dieser Ansicht, wenn sie auch immerhin (s. unten) [3]) einer wesentlichen Modifikation bedarf, gehört die Zukunft. In ihr liegt aber auch das Wesen der sogen. absoluten Theorie [4]) so vollkommen abgeschlossen vor, daß Alles, was noch sonst mit diesem Namen sich brüstet, als unzulängliche Modifikation, meist unter verkehrter Beimischung ganz ungehöriger Ingredienzien, und in Wahrheit als relative Theorie erscheint [5]). Hauptsächliche Schuld an derlei Bastardbildungen trägt die neuerdings für die absolute Theorie aufge-

---

Den gleichen Fehler (d. h. den Mangel am spekulativen Blick trägt auch der Versuch von Freytag (die Conceff.gerecht.theorie) an sich, welcher zwar auch die absolute Nothwendigkeit der Strafe behufs der Realisirung der Rechtsidee behauptet, hiefür aber (indem er gegen Hegel die stumpfen Waffen von Hepp, Henrici u. s. w. borgt) keinen Grund anführt, sondern zu seinem Hauptbestreben das Unternehmen macht, die absolute Theorie mit der Fiktion des Naturzustands u. mit der (Fichte'schen) Erklärung der Entstehung des Rechts aus wechselseitigen Konzessionen nach dem Koexistenzialgesetz (wohin denn auch die Konzession, sich strafen zu lassen, unbedenklich gerechnet wird) in Einklang zu bringen.

1) s. N. Rev. S. 769. 770. Stein in d. Hall. Lit. Ztg. 1846. S. 734—736. vgl. übr. auch G. Julius eb. 1844. nr. 211—215.

2) s. auch Stahl und dag. das gröbliche Mißverständniß bei Hepp Darst. I. 220. 221.

3) s. vorläufig N. Rev. S. 765. 778—780. 782 ꝛc., weshalb es unrichtig ist, wenn Mittermaier §. 7 a. z. F. die N. Rev. eben nur als Interpretation von Hegel anführt.

4) Unter den Gegnern der absol. Theorie zeichnen sich die älteren vor den neueren (Bauer, Hepp, Freytag, Schaffrath, resp. Luden) sehr durch Scharfsinn und philosophischen Blick aus. Zu nennen sind bes. Grolman Begründung d. Strafr. S. 216 ff. Gros (in Martin Coll. I.) de not. poen. for. §. 11. Welcker letzte Gründe S. 197 ff. Oersted Grundreg. S. 13 ff. Wirth Hdb. I. 179 ff. Am kläglichsten nimmt sich die Polemik gegen Hegel aus, welche in der Regel von dem lächerlichsten Mißverständniß und trauriger Denkunfähigkeit ausgeht. Bauer ignorirt ihn (s. übr. Warn.th. S. 272. n. b.). Dagegen vgl. Hepp Darst. S. 170 ff. Henrici S. 248 ff. (Gegen Luden s. N. Rev. S. 34—37. 772—774). Geistreich ist die Kritik von Möller S. 19. 21. 29—39. s. bes. die humoristische Anerkennung S. 37.

5) s. z. B. Henrici a. a. O. v. Preuschen Gerechtigkeitstheorie (nach einer Idee? von Hepp. s. Bauer Abh I. 73. Note). Hepp Darstellung ꝛc. II, 2. S. 770 ff. Zachariä Lehre vom Versuch I. §. 53. 128. Mittermaier §. 20 b. z. F. Häberlin I. 13—16. Marezoll S. 10 ff.

kommene vage Bezeichnung durch: Gerechtigkeitstheorie, womit jeder Eklektiker seine Blößen decken zu dürfen sich einbildet [1]).

Zweiter Abschnitt.

Die Zwecke der Strafe.

§. 119.

Die Zwecke der Strafe können sich, wenn diese nicht ihrer begriffsmäßigen Nothwendigkeit und ihres sittlichen Charakters ganz entkleidet werden soll, nur auf ihren Begriff selbst, d. h. entweder auf das objektive Moment (§. 116) oder auf das subjektive (§. 117) beziehen, in beiden Richtungen aber höchst mannigfaltig sein, da beide der Betrachtung verschiedene Seiten darbieten, die für sich in's Auge gefaßt werden können. Alle diese Zwecke aber, auch die vom objektiven Moment abgeleiteten, — soweit nicht die Strafe hier eben einfach als Selbstzweck aufgefaßt wird (§. 118. Anm. 2), — geben der Strafe mehr oder minder einen subjektiven Charakter, sofern sie in Vortheilen bestehen, welche durch die Strafe für den Verbrecher oder für Andre erzielt werden sollen [2]). Diese Zweckbestimmungen haben nun ihre Berechtigung in der Einsicht, daß das Objektivsittliche (das Recht), wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie gesetzt sei, mithin das Individuum nicht bloß als Accidenz des Staats betrachtet werden, vielmehr das Recht auch um des Menschen willen, für ihr Wohl dasein müsse, — eine Anerkennung, die am wenigsten in der Strafrechtspflege fehlen darf, da diese den Menschen in seinem Innersten, im freien Willen selbst ergreift. Es wäre daher ein Unrecht, sie verläugnen zu wollen, ebensosehr aber eine Verkehrtheit, die eine oder andre, oder mehrere davon als Prinzipien für die Strafe setzen zu wollen, wozu nicht einmal ihre Gesammtheit wegen der ihnen allen anklebenden Relativität ausreichen würde. N. Rev. §. 201—204. S. 789.

Es ist der gemeinsame Fehler der früheren Auffassungen der absoluten Theorie, daß sie die im §. angegebene Berechtigung der sog. relativen Theorien entweder ganz läugnen [3]) oder derselben doch in keinem Falle ihr wahres und volles Recht angedeihen lassen. Zwar fehlt bei Hegel die Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität keineswegs ganz [4]), und es sind seine Anhänger, Abegg

1) Spricht man ja doch alles Ernstes sogar geradezu von relativen Gerechtigkeitstheorieen! Bauer Abh. I. 64 ff. vgl. Luden I. 32. Schaffrath Grundwissenschaft §. 185. Marezoll S. 8. n. 4. s. dag. Berner a. a. O. S. 153. 154. N. Rev. S. 768. 770.

2) Nicht eingesehen ist dies von Möller S. 35. 36.

3) Ganz schroff ist dies von Kant ausgesprochen.

4) s. N. Rev. S. 777—780.

und Richter, eben wie auch Henke und Jarcke sogar noch weiter gegangen, indem sie verschiedene Strafzwecke als Modalitäten der Strafe zuließen [1]). Sollen aber die Zwecke der Strafe nicht bloß nebenher anerkannt und willkührlich da und dort untergebracht, sondern wirklich organisch in's System eingeführt werden, so muß dieses selbst aus dem Bannkreis der abstrakten Substantialität heraustreten und sich von der im §. gedachten Einsicht, die bei den ob. Genannten fehlt, durchdringen lassen [2]).

§. 120.

Sämmtliche relative (d. h. die Strafe durch Zwecke rechtfertigende) Theorieen stimmen negativ darin überein, daß sie die Absolutheit und Substantialität des Rechts und Staats läugnen und beides vielmehr (wenn auch auf verschiedene Weise) zu einem Produkte des Ichs machen. Der positive Ausdruck dafür ist: daß ihnen der Begriff des Wohls (der Summe aller Zwecke des Ichs) das höchste Prinzip bildet, das, wie in allen Staatsfunktionen, so auch in der Ausübung der Strafjustiz das oberste Gesetz ausmachen soll. Das Wohl kann nun entweder abstrakt als Einzelwohl (des Verbrechers), oder ebenso abstrakt als das Wohl Andrer (mit Ausschluß des ersteren), oder als das Wohl Aller und letzteres wieder von sehr verschiedenen Seiten aus aufgefaßt werden. Außerdem entstehen Unterschiede, je nachdem man den Strafzweck oder eine Mehrheit von Strafzwecken aus dem Bereich des objektiven oder aus dem des subjektiven Moments im Begriffe der Strafe oder aus beiden hernimmt. Ferner, je nachdem man den durch die Strafe zu erreichenden Zweck auf das begangene Verbrechen oder auf künftige Verbrechen derselben Person oder anderer Personen bezieht. Desgleichen, je nachdem man den Zweck durch Androhung oder durch Zufügung der Strafe erreichen will. Endlich wird bald ein Zweck ausschließlich zum Prinzip erhoben, bald eine Mehrheit von Zwecken anerkannt.

1) Abgesehen von dem gänzlichen Mangel an geschichtlich-genetischer Entwicklung sind die gewöhnlichen Eintheilungen auch an sich mangelhaft. Die äußerlich vollständigste und zweckmäßigste von Bauer unterscheidet zu oberst einfache und zusammengesetzte Theorieen [3]), so daß unter den letzteren auch die Versuche, die absolute Theorie mit der relativen zu verbinden, mit figuriren, während doch eine solche Zusammensetzung meist nur als eine Unterart der relativen Theorieen prädizirt werden kann. (Andre lassen diese Bastardbildungen

---

1) Abegg Strafrechtstheor. S. 53—73. Lb. §. 50. Richter S. 139 f. 171 f. Henke I. §. 4. Jarcke I. 246 ff.

2) Oberflächlich aufgefaßt ist dies von Möller S. 39. 57. 58. Von einem schlechten Synkretismus ist natürlich hier nicht die Rede.

3) Abh. I. 27 ff. und hiernach Abegg Lb. §. 35 ff. jetzt auch Mittermaier §. 7 a. z. F.

allein als gemischte oder zusammengesetzte Theorieen gelten) [1]. Unter der Bezeichnung: absolute Theorie wird ferner nicht selten Manches untergebracht, was hierher gar nicht gehört [2]. Die relativen Theorieen sind zwar nach der formalen Logik zweckmäßig klassifizirt, so daß jedenfalls eine bessere Uebersicht entsteht, als bei einer unlogischen und unvollständigen Eintheilung [3]) oder einer bloßen Nebeneinanderstellung [4]); aber abgesehen von der Unterscheidung in Vergütungs- und Verhütungstheorieen [5]), sind die Eintheilungsgründe großentheils nur äußerliche. Ein Hauptübelstand ist aber, daß diese Klassifikation unter ihre Kategorieen auch die aus der romanischen Philosophie hervorgegangenen Theorieen ohne Bedenken einreiht.

2) Alle relativen Theorieen beruhen auf dem im §. angegebenen Grundprinzip. Aber die in Deutschland hervorgetretenen unterscheiden sich im Ganzen [6]) von den englischen, französischen und italienischen dadurch, daß in den letzteren meist das Recht nur um des Nutzens willen zugelassen, in den ersteren dagegen als das allein Nützliche gefordert wird [7]). Behält man dies im Auge, so lassen sich die relativen Theorieen nach ihren Hauptmomenten in phänomenologischer Ordnung [8]) folgendermaßen klassifiziren.

I. Das Wohl Andrer mit Ausschluß des Verbrechers als Strafzweck aufgefaßt ergiebt die **unmittelbare Abschreckungstheorie**, welche eben nur durch die Zufügung der Strafe die Abschreckung Andrer zum Wohle aller Uebrigen erreichen will [9]). Der Verbrecher wird hier zum bloßen Mittel für fremde Zwecke erniedrigt, und der ganze Gedanke ist so dürftig, daß diese Theorie als selbständige längst verlassen dasteht [10]).

---

1) s. z. B. Luden I. 55 ff. Freytag S. 116 ff.

2) Bauer selbst begeht diesen Fehler nicht, wohl aber Hepp, Abegg §. 37 und bes. Mittermaier a. a. O., der noch überdies höchst wunderlich zwischen Ausgleichungs- (Erwiederungs-) und Gerechtigkeitstheorieen unterscheidet.

3) wie bei Mittermaier und Hepp.

4) wie bei Henke I. 52 ff. Wächter I. §. 24 ff. Luden I. 43 ff. Freytag S. 144 ff.

5) Gerade diese (!) sieht Luden I. 46. n. 6 für indifferent an.

6) Bei dem Austausch der Ideen, der unter den Nationen von abendländischer Kultur stattfindet, fließen natürlich die Gegensätze vielfach in einander. Namentlich zeigt sich der Einfluß deutscher Wissenschaft immer mächtiger bei den Franzosen und Italienern. Aber auch ohne gegenseitige Mittheilung sind sich einzelne Geister aus den stammverwandten Nationen oft merkwürdig begegnet.

7) Das Nähere s. in der N. Rev. S. 788—819.

8) vgl. Berner im N. Arch. 1845. S. 144 ff. (im Einzelnen mehrfach nicht richtig).

9) Gmelin Grundf. d. Gesetzgeb. üb. Verbr. und Strafen §. 15. Klein, den Hepp, Luden, Mittermaier rc. einfach hierher stellen, gehört nur relativ in diese Klasse, wiewohl allerdings zuletzt der Schwerpunkt seiner Theorie hierher fällt. s. Grundsätze §. 6. 10. 11. Ebenso verhält es sich mit Schneider Entw. der Grundbegr. d. phil. Rechtslehre S. 96 ff. und noch einige Worte üb. d. Prinz. d. Strafr. Noch weniger richtig ist es, wenn Hepp und Mittermaier auch Filangieri hier unterbringen.

10) s. dag. Püttmann opusc. j. crim. p. 257 sq. Feuerbach Rev. I. S. 89 ff. Grolman Begründung rc. S. 239 ff. Abegg §. 45. Anm. a. E. J. G. A. Wirth Hdb. I. 146 ff. Hepp II, 1. S. 95 f. sucht die Theorie von Gmelin zu beschönigen, verfährt dagegen ungerecht und hämisch gegen Klein eb. S. 109 ff. — N. Rev. S. 808.

II. Unendlich höher steht der Gedanke, das Wohl des Verbrechers, der hiemit als Selbstzweck geachtet wird, zum Strafzweck zu machen. Indessen liegt es in der Natur der Sache, daß diese Beziehung, einseitig aufgefaßt, keinem tiefer denkenden Geiste genügen konnte (s. III.). Selbst solche, welche sie als Prinzip aufstellten, haben sich selten ohne Beiziehung anderweitiger Zwecke zu behelfen gewußt. Entweder wird nun 1) die durch das Wohl des Verbrechers bestimmte Strafe auf das begangene Verbrechen bezogen; dann erscheint als ihr Zweck die Genugthuung [1]), Buße [2]) für den von ihm angerichteten Schaden, die Aussöhnung des Verbrechers mit sich selbst und der Gesellschaft [3]), — oder sie wird 2) auf die Zukunft bezogen; dann erscheint als der bestimmende Zweck der Strafe die Besserung des Verbrechers [4]), bei welcher man übrigens die Grenze bald weiter, bald enger zieht. — Die erste Auffassung zeigt ihre Mangelhaftigkeit sogleich darin, daß sie bei der Aufsuchung des zu vergütenden Schadens sich entweder in das Gebiet der Moral oder in die Beziehung des Verbrechens als gefährlicher Handlung auf das Gemeinwohl (und damit zu den Zwecken der Spezial- und Generalprävention) verirrt, daß sie eben hiemit die wahre Existenz der gut zu machenden Verletzung nicht aufzufinden weiß [5]) und sich daher von selbst zu einer tieferen und reicheren Auffassung des Begriffs des intellektuellen Schadens gedrängt sieht, mit welcher sie dann aber freilich sofort die Schwelle der absoluten Theorie betritt [6]). Der Besserungszweck dagegen ist zum Strafprinzip deshalb untauglich [7]), weil das begangene Verbrechen nicht mehr selbständig, sondern nur als Veranlassungsgrund zur Ermittlung der ganzen Gesinnung des Verbrechers in Betracht kommen, die zur Wiederaufhebung des Verbrechens nöthige Willensverletzung aber nicht mehr die Größe des Ver-

---

1) s. Klein u. Schneider ad I. citt. — vgl. dag. Feuerbach d. Strafe als Sicherung S. 121 ff. Welcker letzte Gründe ꝛc. S. 241—249. Henke I. §. 22. Luden I. 46. Freytag S. 149—153, aber auch Berner a. a. O. S. 156. — s. auch die schon o. a. Schmid Urgrund d. Strafr. Hänsel Prinzip d. Strafr. ferner Stöckhardt Nat.R. S. 265 f. v. Droste-Hülshoff Einl. in d. Krim R.

2) Krug die bürgerliche Strafe als Bußzwang.

3) Cousin Oeuvres de Platon III. 142 ff. Duc de Broglie in révue française. 1828. Sept. nr. V. Carré in Thémis VII, 7. S. 354. In der Hauptsache auch v. Kapff Bem. üb. d. Wirt. StrafGB. Entw. S. 3 ff. u. v. Bothmer Begriff der Strafe (1808).

4) Stelzer üb. d. Willen. v. Arnim Bruchstücke über Verbr. u. Strafen I. 98 ff. II. 8 ff. Henke Streit d. Strafr.theorieen S. 81 ff. E. Spangenberg üb. die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher. Lucas du système pénal. 1827. (vgl. N. Rev. S. 828—831). Reichmann a. a. O. S. 44 ff. Möhl a. a. O. S. 36 ff. Röder zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe. vgl. die bei Mittermaier n. 4 z. F. §. 149 angef. Schriftsteller üb. das Pönitentiarsystem.

5) N. Rev. §. 202. S. 784. 785. 824.

6) Dies geschieht bei Welcker s. unten. N. Rev. S. 785. 786. Berner a. a. O. S. 157. Hierher gehört auch wohl Schröter S. 46 ff.

7) Nicht ganz genügend ist die Polemik bei Abegg Strafrechtstheor. S. 52. 53. s. auch Mittermaier N. Arch. 1837. S. 456 ff. Richter S. 198—202. Bauer Warn.th. S. 342 ff. Freytag S. 189—192. Hepp Darst. I. 124—168. vgl. II, 2. S. 595 ff. Möller S. 39—42. N. Rev. §. 164. 165. S. 818. 828—831.

brechens, sondern die gesammte Subjektivität des Verbrechers zum Maßstabe haben müßte, womit sie aus dem Gebiete des Rechts, dem nur die konkrete Handlung angehört, ausschiede.

III. Von beiden einseitigen Standpunkten aus verstand sich der Fortschritt zu der Beziehung der Strafe auf das allgemeine, das Wohl des Verbrechers und der Andern in sich schließende, Wohl von selbst. Dieser Begriff, als Gesammtheit aller möglichen die einzelnen Individuen irgendwie gleichmäßig beseelenden Zwecke und Interessen, ist aber in sich so vieldeutig und biegsam, daß es nicht Wunder nehmen kann, wenn daraus auch für das Gebiet des Strafrechts die verschiedensten Theorieen abstrahirt worden sind. — Ein tiefgreifender allgemeiner Unterschied findet sich nun zuvörderst zwischen den romanischen und den deutschen Theorieen [1]).

A) Die romanischen gehen sammt und sonders nicht von dem Ich als Träger der sittlichen Idee, sondern von dem natürlichen, empirischen Ich aus, dessen Wohl, wenn auch unter Anderm Recht und Staat fordernd, doch primär als Nutzen (des Einzelnen und der Gesellschaft, d. h. der Vielheit des Ichs) erscheint, daher bei allen Variationen der Entwicklung Recht und Staat hier immer mehr oder weniger als ein nothwendiges Uebel betrachtet wird [2]). Will man aus der unendlichen Mannigfaltigkeit der auf diesem Boden entsprossenen Systeme, aus den Debatten über die Denkbarkeit eines Naturzustandes [3]), über das Quantum von Rechten, die der Mensch etwa vor dem Staatsvertrag gehabt habe [4]), über den Bruchtheil von Freiheit, der zur Bildung des Staatswillens habe verwendet werden müssen [5]), über das Verhältniß des Einzelwohls zu dem der Gesellschaft 2c. [6]) —, will man aus all diesen Punkten heraus einen Unterschied von allgemeiner Bedeutung greifen, so kann man einen solchen darin finden, daß die einen von dem sinnlichrohen Individuum ausgiengen, die andern dagegen dasselbe als intelligentes Wesen auffaßten. Den Ausgangspunkt für beide Richtungen bildet die natürliche Freiheit des Individuums, möge diese schon als Recht gedacht sein oder nicht; der Staat entsteht nur durch eine theilweise Aufopferung dieser Freiheit behufs der gewisseren Erhaltung des Restes, möge nun dem Staate ein wirklicher Naturzustand vorausgesetzt sein oder nicht, möge seine Entstehung einem willkührlichen Entschlusse oder einem Naturbedürfnisse zuge-

1) Ueber die Ansichten der englisch-schottischen Moralphilosophen, soweit sie nicht mit dem in der Konsequenz ihres Prinzips liegenden Skeptizismus den französischen Materialisten zur Seite traten, — s. N. Rev. S. 791. 792.

2) Dabei bleibt allerdings der Weg von Hobbes zu Locke — und noch mehr zu Rousseau's Schule ein weiter. N. Rev. S. 795 unten.

3) s. einerseits Hobbes, Locke, Rousseau, Beccaria u. A., andrerseits Romagnosi, Carmigniani und besonders Bentham, — dazwischen Filangieri u. A.

4) Wie die Konsequenz dazu führte, diesen Streit zur Illusion herabzusetzen, s. N. Rev. S. 798 ff.

5) Hierüber war man sogar in einer und derselben Schule (Rousseau's) sehr verschiedener Ansicht, von Hobbes u. A. gar nicht zu reden.

6) Wie gerade Rousseau hierin ein bedenkliches Schwanken zeigte, darüber s. B. Constant cours de polit. constitut. I, 1. p. 173—176. Comte traité de législ. I. c. 11. 12. Rossi I. c. 11.

schrieben werden. Immer erscheint der Staat nur als eine Anstalt zu Beförderung der Sicherheit und Glückseligkeit der Individuen, das Verbrechen nur als eine hiefür gefährliche Handlung [1]). Das natürliche Recht, das einige dem Staate noch voraussetzen, wird immer problematischer, je mehr die Ansicht durchdringt, daß die Natur den Menschen schon von Anfang in den gesellschaftlichen Zustand gesetzt habe. Das herrschende Prinzip in beiden Richtungen bleibt daher das Utilitätsprinzip.

1) In der ersteren ist besonders zu nennen Hobbes, der die Strafen um des gemeinen Wohls willen für nöthig erklärt, weil dieses Frieden, der Frieden aber Gesetze fordre, die ohne Strafdrohungen leere Worte wären. Die Drohung soll durch Vorhaltung eines größeren Uebels vom Verbrechen abschrecken. Die Strafe hat die politische Besserung des Verbrechers und die Abschreckung der Uebrigen zum Ziel. Sie hat ihre Rechtfertigung im Staatsvertrag, der dem Machthaber das volle Recht giebt, sie anzuordnen und zu bestimmen, was als Verbrechen gelten soll (Atheismus und Majest. Verbrechen sind crimina excepta) [2]). — Romagnosi, den schon bei Hobbes illusorischen Staatsvertrag bei Seite werfend, sieht im Rechte nur das Mittel zur Erfüllung des Naturgesetzes der Selbsterhaltung in dem Zusammensein der von Natur gleichen und mit dem gleichen Triebe nach Glückseligkeit begabten Individuen. Das Vertheidigungsrecht [3]), wovon er spricht, ist nur die Aeußerung der durch Aufhebung des Gleichgewichts hervorgerufenen Naturkraft; die dem ungerecht Angegriffenen zugeschriebene Rechtsüberlegenheit nur die Ueberlegenheit der natürlichen Kraft der Selbsterhaltung; daher auch die Rechtsüberlegenheit des strafenden Staats nur die natürliche Ueberlegenheit der Kraft der Erhaltung der allgemeinen Glückseligkeit, welche durch die Störung des naturgesetzlichen Gleichgewichts entsteht. Das Recht der Reaktion ist hiernach durch die Nothwendigkeit der Vertheidigung bedingt und steht zunächst nur gegen drohende Angriffe dem unmittelbar Angegriffenen zu. Gerade aber weil gegen vollbrachte Angriffe der Einzelne nicht reagiren darf, so liegt in ihnen eine drohende Gefahr für die gesammte Gesellschaft; und, da die Gesellschaft selbst die Quelle der Reize zum Verbrechen ist, darf ihr auch das unentbehrliche Mittel, diesem steten Reize entgegenzuwirken, nicht vorenthalten werden. Obgleich daher die Ausübung des Strafrechts durch ein begangenes Verbrechen bedingt ist, so ist doch sein Zweck lediglich auf die Zukunft gerichtet, — Vertheidigung der Gesellschaft gegen Störungen des Einzel- und Gesammtwohls [4]). — Auf der gleichen Basis ruht die Ausführung von Carmigniani, der jedoch bereits eine Vermittlung des Utilitätsprinzips mit dem moralischen — freilich in sehr ungenügender, den im ersteren ruhen-

---

1) s. die nähere Ausführung N. Rev. S. 792—804.

2) De cive III, 11. XIII, 16. XIV. N. Rev. S. 793. 794.

3) Hierauf wird von den Beurtheilern gewöhnlich allein Rücksicht genommen und deshalb der ganze Geist des Systems mißverstanden. s. z. B. N. Arch. VII. S. 181 ff. vgl. übrigens noch Rossi krit. Zeitschr. f. RWiss. d. Ausl. III. nr. 12. u. Traité I. c. 9. Sfari in Wagner's Zeitschr. 1828. III. 163 ff. Rosmini filos. del diritto I. 698 ff. Freytag S. 202—204.

4) Genesis des Strafrechts, — übersetzt von Luden, Thl. 1. u. 2. N. Rev. S. 800. 801.

den Schwerpunkt seines Systems nicht verrückender Weise — herzustellen bemüht ist [1]).

2) Dieser rein mechanischen, das Individuum nur als Naturprodukt zu Grunde legenden Auffassung der Gesellschaft und des Staats trat Rousseau relativ entgegen, indem er den intelligenten Willen des Menschen dem Staat voraussetzte und nur auf diesen den contrat social baute, wornach von einer Aufopferung der einzelnen Persönlichkeit an das Eine des Staats schlechthin nicht mehr (wie bei Hobbes) die Rede sein konnte. Gleichwohl trat die Konsequenz des Prinzips [2]), d. h. das Streben nach immer steigender Verkleinerung der Quote der vom Einzelnen an den Staat abzutretenden Freiheit, bei ihm selbst noch nicht hervor, da er vielmehr sehr geneigt scheint, mindestens den verbrecherischen Einzelnen geradezu dem Staate zu opfern. Denn er behauptet, daß durch Verbrechen der Staatsvertrag gebrochen und der Handelnde rechtlos werde, daher ihn der Staat nach Kriegsrecht behandeln dürfe. Er räumt indessen ein, daß der Staat ihn erhalten dürfe, falls er ohne Gefahr für die öffentliche Sicherheit erhalten und noch irgendwie brauchbar verwendet werden könne [3]). Dagegen waren es namentlich Beccaria und Filangieri, welche durch Zurückgreifen auf Locke's Naturrecht den Staatsabsolutismus Rousseau's zu begrenzen suchten. Besonders der erste [4]) zieht jene Konsequenz, daß nämlich jeder Einzelne im Staatsvertrage nur den möglichst kleinen Theil seiner Freiheit habe opfern können. Zweck der Strafe ist ihm daher nur noch die Sicherung der Gesellschaft vor weiteren Uebelthaten desselben Individuums und Abschreckung der Uebrigen. — Filangieri [5]) spricht zwar von einem gesellschaftlichen Naturzustand, dem er ein natürliches Strafrecht vindizirt; allein er neutralisirt das Postulat selbst wieder durch die Annahme des Staatsvertrags, durch die ihm das Recht zum bloßen Mittel für das Gemeinwohl wird. Gerade aus dem Staatsvertrag zieht er nun zwar, wie Rousseau, die Folgerung, daß der Verbrecher durch den Vertragsbruch seine Rechte verliere. Aber er behauptet bereits keine absolute Rechtlosigkeit mehr, sondern das Prinzip des Wohls, dem das Recht nur als Mittel dient, ist bei ihm schon so überwiegend, daß er den Rechtsverlust nur nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Verbrechens für die Gesellschaft eintreten läßt. Ja, selbst dies genügt ihm nicht; vielmehr erklärt er für den wahren Grund des Strafrechts nur seine Unentbehrlichkeit für den Zweck der Gesellschaft. Das Wesen der Strafe sucht daher auch er in Prävention und Abschreckung, jedoch mit der ausdrücklichen Erklärung, daß mit der Vervoll-

1) Teoria delle leggi della sicurezza soc. bes. I. 36—96. III. 47 ff. N. Rev. S. 802. 834. vgl. Briefe zw. Graf Mamiani u. Mancini. 1841. a. E.

2) Bei Locke trat dieselbe Richtung hervor, aber ohne denselben prägnanten Ausgangspunkt.

3) Contrat soc. II, 5. — N. Rev. S. 796. 797.

4) Dei delitti e delle pene. vgl. Voltaire Comm. sur le livre des délits et des peines. Schott Observ. de del. et poenis. 1767. Schall von Verbr. u. Strafen. Servin de la législ. crimin. u. A. s. Böhmer Literat. S. 191 ff. — N. Rev. S. 798. Nichtssagend ist die Kritik bei Freytag S. 147. f. dag. Hélie I. p. 4—6.

5) Scienza della legislazione. — vgl. Rossi I. c. 10. N. Rev. S. 799. 800. Höchst oberflächlich ist Hepp Darst. II, 1. S. 76 ff.

kommnung der Gesellschaft die Möglichkeit, die Strafen zu mildern, zunehme, womit, wenn auch nicht ausgesprochen, die Aufnahme des Besserungszwecks angebahnt wird, — um somehr, als es entschieden in der von Beccaria und ihm gegenüber von Rousseau genommenen Wendung lag, das Einzelwohl nicht mehr im Gemeinwohle aufgehen zu lassen. —

3) Die volle und entschiedene Konsequenz der romanischen Ansicht von der Bedeutung des Rechts und Staats, somit auch des Strafrechts, findet sich aber erst bei Bentham [1]), der alle bisherigen Hypothesen eines Naturzustandes, eines natürlichen Rechts, eines Staatsvertrags, hiemit aber auch die Voraussetzung der zu letzterem führenden intelligenten Freiheit des Menschen über Bord warf und das Prinzip des Interesses unter der Kategorie des von aller Sittlichkeit abstrahirenden Mechanismus in seiner ganzen Schärfe durchführte. Das gesellschaftliche Ganze ist, wie er richtig ausführt, ebensowohl von Natur da, wie das Individuum, das nicht isolirt gedacht werden kann. Die Betrachtung des letzteren als eines freien Wesens ist aber eine durchaus einseitige, da der empirische Mensch vielmehr eine Totalität von noch ganz andern Momenten bildet, die als Summe seiner Existenz sein Wohl ausmachen. Ist mithin das Gesetz der Natur das einzig reelle, so ist auch das höchste Gesetz für den Menschen nur sein Wohl, seine Glückseligkeit. Die Gesellschaft ist aber nur das Kollektivganze der Einzelnen und muß daher dasselbe Gesetz haben, nämlich ihr Wohl (das Wohl der möglichst größten Anzahl der Mitglieder). Erst durch die diesem Zwecke gemäß von der Gesellschaft erlassenen Gesetze entsteht das Recht, und hiemit auch das Strafrecht als das unentbehrliche Mittel zur Selbsterhaltung der Gesellschaft gegen die ihrem Wohle gefährlichen Handlungen der Einzelnen, — zwar ein an sich niedriges und allen edleren Gefühlen widerstrebendes Mittel, das aber, als unentbehrliches Opfer für das allgemeine Wohl betrachtet, sich zum höchsten Rang der öffentlichen Wohlthaten erhebt. Eben indem nun aber das Wohl zum einzigen und höchsten Grundsatz erhoben wird, erhält seinem umfassenden Begriffe gemäß das Strafrecht eine Vielheit von Zwecken, deren gegenseitige Abwägung zu einer ebenso sehr das Wohl des Ganzen, als das des Einzelnen und insbesondre auch das des Verbrechers in's Auge fassenden Oekonomie des Systems führt. B. nennt Generalprävention, theils durch Androhung, theils durch Vollziehung der Strafe, und Spezialprävention, theils durch Unschädlichmachung, theils durch Einschüchterung, theils durch Besserung des Verbrechers. Da er nun überdies das gesammte Strafrecht als Mittel der Selbsterhaltung des Ganzen auffaßt, so vereinigt seine Theorie [2]) nahezu sämmtliche Strafzwecke, welche aus dem Prinzip des Wohls abgeleitet werden können [3]).

---

1) Traité de législation und Théorie des peines. — vgl. Ahrens cours de droit naturel. S. 41 ff. Hepp Benthams Grunds. d. Krim.politik. Burlett de Benthami de utili doctrina. 1829. Ueber die vielen Anhänger s. Krit. Ztschr. f. R.Wiss. d. Ausl. I. 451. II. 283 f. III. 433 f. ꝛc.

2) Es ist daher sehr oberflächlich, wenn Hepp Gerecht. u. Nutzenstheorieen d. Ausl. §. 26 u. Bauer Abh. I. 29 unt. ihn und Romagnosi (!) ohne Weiteres mit Feuerbach zusammenstellen.

3) Ungenügend ist die Kritik bei Freytag S. 148. 149. f. dag. R. Rev. S. 802—804. vgl. Hélie I. p. 8—10. Auf den Standpunkt B's stellt sich Möller (S. 23—29. 45—48), begnügt sich jedoch mit der Kategorie des allgemeinen Wohls

B) Auch die deutschen Philosophen, die auf Kant folgten, giengen vom Ich aus und leiteten Recht und Staat nur von diesem ab. Allein ihr Ich ist nicht das empirische, sinnliche, egoistisch nach seinem beliebigen Wohle strebende, diesem Alles unterordnende Ich des Materialismus, es ist vielmehr das zur Offenbarung der sittlichen Idee selbst berufene Ich des Idealismus, dem es bei seiner Selbstbeschränkung behufs der Bildung des Staats eben nur um die Herrschaft des Rechtsgesetzes als solchen, als des einzigen Mittels, welches das Zusammenleben freier vernünftiger Wesen möglich macht, zu thun ist, daher auch der Staat hier nicht als nothwendiges Uebel, als Fessel der Freiheit, sondern vielmehr als das adäquate Medium ihrer Existenz, als Mittel zur Erreichung des höchsten sittlichen Zwecks erscheint. Wenn gleich daher auch hier die Substantialität der Rechtsidee geläugnet, als nächster Zweck des Staats die Sicherheit der Person und des Eigenthums aufgestellt, folgeweise auch dieselben Strafzwecke geltend gemacht werden, wie in den ausländischen Systemen, so ist doch der ganze Geist der idealistischen Schule ein wesentlich andrer [1]). — Betrachtet man nun die auf diesem Boden entstandenen Strafrechtstheorieen in ihrer chronologischen Folge, so erscheinen die späteren und spätesten mehrfach als Rückschritte, was daher kommt, daß ihre Urheber, vor der Konsequenz der genialen Weiterbildner des Kantischen Rechtsprinzips [2]) erschreckend, entweder einfach zu diesem (trotz seiner dualistischen Unhaltbarkeit) zurückgriffen, um wenigstens der Konsequenz des Vertragsprinzips zu entgehen [3]), oder auch jenes noch zu einem marklosen Reste aushöhlten, um sich relativ auch der (in ihrem Kern ebenso wenig begriffenen) absoluten Theorie anbequemen zu können [4]). Faßt man daher den phänomenologischen Gang in's Auge, so muß die chronologische Folge vielfach verlassen werden.

1) Theorieen, welche den Strafzweck abstrakt auf das Gemeinwohl gründen oder wenigstens nur in sekundärer Weise das Einzelwohl mit in's Auge fassen.

a) Abstrakte Berücksichtigung des Gemeinwohls charakterisirt

aa) die noch direkt am Kantischen Rechtsprinzip festhaltenden Selbsterhaltungs= (Nothwehr=) Theorieen. Sie rekurriren auf die Ableitung des Rechtsgesetzes aus dem Sittengesetze und wollen dadurch mit Umgehung des Sozialvertrags ein Existenzrecht des Staats unmittelbar ableiten [5]), wovon sein Recht auf Selbsterhaltung die natürliche Folge sein soll. Sehr dürftig ist nun α) die noch unmittelbar an den Naturzustand anknüpfende Theorie, wornach der Staat, um die von ihm garantirte Ordnung zu sichern, an die Stelle des Verletzten treten

---

und mit der Nothwendigkeit, dasselbe eventuell durch das Mittel der Furcht (vor Strafen) zu garantiren.

1) Am entschiedensten gegenüber den konsequenten Materialisten, wie bes. Hobbes, Bentham ꝛc., wogegen Rousseau und seine Schule eben in dem Maße, in welchem sie der Konsequenz der eigenen Richtung Abbruch thun, sich den Deutschen nähern. s. das Nähere N. Rev. S. 806—808. vgl. S. 802. 803. 796. 797.

2) Fichte, Feuerbach, Grolman, Welcker.

3) so z. B. Gros, Martin.

4) wie Hepp, v. Preuschen, Mittermaier, Marezoll ꝛc.

5) Schulze Leitfaden d. Entw. d. philos. Prinzip. d. Rechts ꝛc. §. 82 ff. Gros Nat.R. §. 21—30. Martin Lb. §. 11.

und die Strafe als eine veredelte Rache ausüben soll [1]). Der Staat erscheint hier erst als werdender, was an sich falsch und überdies nicht näher motivirt ist. Sehe man aber die Vernunft oder den freien Willen der Einzelnen als Motiv der Staatenbildung an, so erscheint der angegebene Strafzweck immer nur als der Ausdruck des fortwährenden Kampfs des Staats mit der Anarchie, die doch durch seinen Auftritt als beendigt gelten soll. Denn die Strafe soll nur die Gesellschaft vor der Maßlosigkeit der naturzuständlichen Rache sichern; gleichwohl aber soll sie selbst eben nur das Surrogat dieser Rache sein, womit sie eben über das Prinzip der letztern nicht hinauskommt, wenn nicht, was freilich nahe genug liegt, das Prinzip der Wiedervergeltung ergriffen und damit zur absoluten Theorie übergegangen wird [2]). — β) Schulze [3]) identifizirt das Strafrecht einfach mit dem Vertheidigungsrechte, wie es auch jeder Einzelne habe, findet aber willkührlicher Weise in diesem Vertheidigungsrechte nicht nur das Recht der Nothwehr wider gegenwärtig — und der Prävention gegen künftig drohende Angriffe, sondern auch das Recht der Wiedervergeltung für bereits vollbrachte Angriffe, das er überdies nur auf den natürlichen Trieb der Rache gründet. Dieser Verkehrtheit sucht γ) Martin [4]) dadurch zu helfen, daß er das Strafrecht rein auf das Prinzip der Nothwehr zu gründen unternimmt. Nach ihm führt nämlich jedes Verbrechen eine Gefahr für das Ansehen der Gesetze herbei, die durch Zufügung der Strafe abgewendet werden könne. Hiernach zeige sich die Strafe als zweckmäßiges Mittel zur Sicherung des Staats, das einerseits nicht zu entbehren sei, anderseits, wenn es vor der That im Allgemeinen angedroht werde, um psychologisch wirken zu können, die Erschöpfung der gelinderen Mittel zur Abwendung der Gefahr jedesmal schon voraussetze. In der Absicht, für die Androhung und Zufügung der Strafe nicht gesonderte Gründe und Zwecke angeben zu müssen (was an Feuerbach getadelt worden war), übersah M. gerade die Hauptsache, daß er nämlich das Vertheidigungsrecht des Staats mit der rechtlichen Freiheit der Mitglieder zu vermitteln die Aufgabe habe. Da nun aber eben das Auskunftsmittel, die Androhung der Strafe auf diese rechtliche Freiheit zurückzuführen, verworfen, jene vielmehr nur nebenbei auch mit herein genommen wurde, um dem Zweck der Sicherung des Ansehens der Gesetze mit zu dienen [5]), so hätte um so mehr gezeigt

1) Möser Phantas. IV. nr. 34. Schmalz Wiss. d. natürl. Rechts §. 448. Luden Einleit. z. seiner Uebersetzung von Romagnosi. Strobel über die höchsten Prinzipe von Recht ꝛc. 1841 (den Hepp II, 2. S. 872 zu seinem Anhänger macht!). Barocker Weise pferchte Möller im Grunde genommen alle Formen der absoluten Theorie unter diesem Gesichtspunkt zusammen.

2) Diesen Uebergang hat Luden Hdb. I. 11. n. 2 gemacht. Aber wie die Art und Weise des Uebergangs selbst, so ist auch die Motivirung mangelhaft.

3) Leitfaden ꝛc. §. 242 ff. Aehnlich Unterholzner jurist. Abh. S. 201 ff. — In der Motivirung schließt sich die Deduktion Schulzes sehr auffallend an die unter α) angef. Theorie an. — vgl. dag. Henke I. §. 23. Welcker S. 223—225. Richter S. 181—184. Andere Krit. s. bei Hepp II, 2. S. 679 ff. Bauer Warn.th. S. 361—364. Freytag S. 196. 197. — N. Rev. S. 815. 816.

4) Lb. §. 11—13. 22 ff. Aehnlich Weber im N. Arch. VI. 453 ff. Nicht aber auch J. G. A. Wirth, den Martin selbst und darnach Andere (Wächter, Mittermaier ꝛc.) hierher stellen. s. dag. auch Bauer S. 364. not. d.

5) Erbaulich ist, daß Bauer Abh. I. 65. 66 dies ganz mißversteht und meint, Martin's Theorie sei aus der „Androhungstheorie" und einer Strafzufügungstheorie

werden sollen, wie die Zufügung der in Wahrheit auf den Begriff des Präventionszwangs reduzirten [1]) Strafe sich mit der in dem Sozialgesetze liegenden rechtlichen Freiheit vereinigen lasse. Statt dessen dreht sich M. in einem Zirkel, indem er sagt, die Strafe sei nothwendig, um die Gefahr zu vermeiden, die aus der Straflosigkeit entstehen würde [2]). Gerade die Nothwendigkeit der Strafe zur Erhaltung des Ansehens der Gesetze bleibt aber bei ihm bloße Behauptung [3]). An dem gleichen Mangel leidet die Ausführung von Gros [4]), der aus dem Rechtsgesetze die Nothwendigkeit eines Zwangsgesetzes gegen Störungen der Freiheit ableitet, welches, einmal verkündet, auch sofort durch Vollziehung im Uebertretungsfalle seine Unverbrüchlichkeit zeigen müsse. Der Rechtsgrund des Strafzwangs aber wird hiebei geradezu erschlichen und erst nachträglich aus dem Zwecke der Strafe (Abschreckung) erklärt. Der Sinn ist: Weil durch Androhung von Strafen von Verbrechen abgeschreckt werden kann, so muß das Gesetz behufs der Abwendung von Störungen der Rechtsordnung Strafen androhen, und als Gesetz auch betr. Falls vollzogen werden. Es wäre aber gerade zu zeigen gewesen, daß und warum gerade Strafe gedroht werden dürfe, d. h. wie eine solche Drohung (resp. Vollziehung derselben) mit der rechtlichen Freiheit zusammenbestehen könne [5]).

bb) Die ebengedachten Theorieen geben für die Strafe keinen ausreichenden Rechtsgrund an. Aber jedenfalls haben sie doch die richtige Einsicht, daß die Strafe, wenn sie einmal nicht durch die aus der Anerkennung der Substantialität des Rechts folgende absolute Nichtigkeit des Unrechts begründet werden soll, nothwendig durch einen für das Wohl der Gesellschaft (die Erhaltung der Rechtsordnung) ersprießlichen Zweck gerechtfertigt werden muß. — Natürlich genügt es jedoch vollends nicht an der dürren Behauptung Anderer, daß die Erhaltung der Rechtsordnung die Strafe nothwendig mache, und daß hierin der Rechtsgrund und der Zweck der Strafe zugleich liege. Der Rechtsgrund zu einem Zwange liegt allerdings darin, wie dies alle relativen Theorieen annehmen. Aber damit ist noch keineswegs bewiesen, daß dieser Zwang gerade in der Strafe bestehen müsse oder dürfe, und namentlich nicht, daß der Strafzwang mit der bürgerlichen Freiheit vereinbar sei, welcher Beweis auf der Grundlage eines aus der Nothwendig-

---

zusammengesetzt! — vgl. dag. Weber a. a. O. Feuerbach üb. d. Strafr. als Sicherung rc. S. 99.

1) Dies ist selbst von Hepp nicht unbemerkt geblieben.

2) s. dag., was Feuerbach gegen Klein bemerkt, Rev. I. 89. Ueb. d. Strafr. als Sicherung S. 159.

3) N. Rev. S. 816. 817. Andere Kritiken s. bei Luden Einl. z. Uebers. v. Romagnosi. S. 30 f. Bauer Warn.th. S. 365 ff. Hepp Darst. II, 2. S. 709 ff. Freytag S. 197—202.

4) D. de not. poenarum forens. (in Martin Coll. D. nr. 11). NaturR. §. 95. 99—101. 105. 106. 346 ff.

5) Auch Gros will die Angabe verschiedener Gründe für Androhung und Zufügung vermeiden (§. 349. n. 1. §. 351. n. 4), und weicht deshalb von Feuerbach ab, auf dessen System sich außerdem seine Ausführung ebenso reduzirt, wie die von Martin auf das Grolmanische. Dabei läßt er jedoch gleichfalls gerade das fallen, was bei Feuerbach das Spekulative ausmacht, und macht daher einen Rückschritt, während er vorzuschreiten glaubt. N. Rev. S. 817. j. 815. Andere Kritiken bei Hepp Darst. II, 1. S. 164 f. Freytag S. 172—175.

keit der Freiheit deduzirten Rechtsgesetzes am wenigsten fehlen darf [1]). Hievon aber abgesehen, ist es einleuchtend, daß nicht sofort Rechtsgrund und Zweck der Strafe kurzweg identifizirt werden dürfen [2]). Denn entweder hält man noch mit Bewußtsein an dem Standpunkte der Relativität fest, d. h. man läugnet, daß die Strafe durch die substantielle Natur des Rechts absolut gesetzt, Selbstzweck, an und für sich gerecht sei; — dann muß man sie nothwendig durch irgend einen andern Zweck, oder mehrere Zwecke rechtfertigen, wodurch sie sich dem Einzelwohl oder Gemeinwohl ersprießlich beweist und mittelbar zu der Erhaltung der Rechtsordnung dient, worin ihr Rechtsgrund liegt [3]). Oder aber behauptet man, dies sei unnöthig oder gar falsch, es müsse vielmehr Rechtsgrund und Zweck als identisch genommen werden; — dann muß man einsehen, daß man den Boden der Relativität verläßt und den der absoluten Theorie betritt. Nur freilich erscheint es dann als verkehrt, überall noch von einem Strafzweck, von einer Beziehung der Strafe auf das in der Erhaltung der Rechtsordnung liegende Wohl der Gesellschaft zu sprechen, sondern es muß dieser letzte dürftige Rest des relativen Standpunkts weggeworfen und die Strafe als in sich gerecht, als Selbstzweck, als absolut begründet werden. Wenn daher die Vertheidiger der sog. bürgerlichen oder modifizirten oder dgl. Gerechtigkeitstheorie dies unterlassen und sich mit einem bloßen kategorischen Imperativ [4]) oder einer Thatsache des moralischen [5]) oder rechtlichen [6]) Bewußtseins oder einem bloß regulativen

---

1) Das Bewußtsein, auf Kantischem Boden zu stehen, scheint freilich bei den Schriftstellern dieser Klasse erloschen oder gar nie aufgegangen zu sein. Es philosophirt sich so angenehm, wenn man sich der Mühe überhebt, Philosophie zu studiren! Hepp freilich verläugnet Kant ausdrücklich, weil er selbst kein unsittliches, sondern ein „besittetes" Recht wolle; die Protestation ist aber eine leere.

2) Dies geschieht bei Hepp Darst. II, 1. S. 7 ff. II, 2. S. 770 ff. Mittermaier §. 20 b. z. F. von Preuschen Gerechtigkeitstheorie.

3) Dies führt auch Bauer Abh. I. 77 ff. ganz richtig aus; und ganz durch diese Einsicht getragen ist die eben dadurch bedeutende Ausführung von Schauberg üb. d. Begründung des Strafrechts, den gleichwohl Hepp sich mit ebensoviel Unterscheidungskraft als Meinungsgenossen aggregirt, als er andrerseits Mittermaier, Henrici, Rossi, Kapff sich mit Selbstgefälligkeit entgegensetzt! Daher ist die Kritik II, 2. S. 852 ff. ganz verfehlt. s. auch v. Preuschen I. §. 17. 22.

4) Weiter bringt es Hepp nicht, S. 775. 776. Er substituirt nur der Wiedervergeltung die von Welcker entlehnte Vergütung des idealen Schadens, verunstaltet aber diese Idee sogleich wieder, indem er den „moralischen" Schaden mit der Gemeingefährlichkeit (!) identifizirt, mithin gerade das Tiefe an der Welcker'schen Idee (die Nachweisung, daß der ideale Schaden seinen Sitz im Willen des Verbrechers habe) preisgiebt und vielmehr durch die geistlose Materialisirung derselben zu einer ganz verkehrten und haltlosen Unterscheidung zwischen Verbrechen und bürgerlichem Unrecht, folgeweise zur Aufstellung eines Mittelglieds zwischen beiden, zur Rechtfertigung der Privatstrafen zc. kommt.

5) So bei Henrici üb. die Unzulänglichkeit zc. Derselbe zeichnet sich jedoch vor Hepp vortheilhaft dadurch aus, daß er wenigstens die Nothwendigkeit einer Vermittlung des Zwangsgesetzes mit der rechtlichen Freiheit, sowie die Unentbehrlichkeit von Zwecken für die relative Theorie einsieht, u. gehört daher, obwohl er zwischen der relativen u. absoluten Begründung schwankt (wie Rossi, Kapff zc.) mit seinem Schwerpunkt nicht hierher.

6) s. v. Preuschen a. a. O., welcher dem Uebergang zur absoluten Theorie selbst am nächsten steht, indem er im Grunde den Staat mit seinen Zwecken nur noch dazu braucht, um die Idee der Gerechtigkeit zur Wirklichkeit zu bringen. Schiefe Beurtheilungen s. bei Hepp II, 2. S. 864 ff. Freytag S. 133—135.

Mitwirken der Idee der Gerechtigkeit [1]) behelfen, so zeigen sie dadurch nur, daß sie weder das Wesen der absoluten, noch das der relativen Theorie begreifen.

b) Die Theorie, welche den Strafzweck auf das Gemeinwohl gründet, aber wenigstens sekundär auch die Forderungen des Einzelwohls berücksichtigt, ist die von Feuerbach, der zwischen Kant und Fichte in der Mitte steht. Mit jenem theilt er noch die Ableitung des Rechtsgesetzes aus der Vernunft [2]), das Bewußtsein von der nothwendigen unmittelbaren Kausalverbindung zwischen Verbrechen und Strafe, und den schneidenden Dualismus zwischen dem intelligibeln Menschen und dem Menschen der Erfahrung, der seine Imputationslehre erklärt [3]). Gleichwohl hat ihm das (von Fichte emanzipirte) Vertragsprinzip bereits volle Geltung, er verwirft den kategorischen Imperativ und sieht die Nothwendigkeit ein, das Strafrecht durch einen Zweck zu rechtfertigen, namentlich aber durch einen mit der rechtlichen Freiheit zu vereinbarenden Zweck [4]). Nach Erledigung des Unterschieds zwischen moralischer und bürgerlicher Strafe, zwischen Strafe und Vertheidigung, und nach Zugrundlegung des Satzes, daß der Staat als die Gesellschaft zum Rechtsschutze keinen andern Zweck, als eben den der Rechtssicherung haben könne, stellt er das Problem auf: das Recht zu einem Zwange zu finden, der in dem Vertheidigungsrecht gegründet, aber gleichwohl von der Vertheidigung selbst verschieden wäre. Wie die Vorgenannten folgert er aus dem Rechtsgesetze die Nothwendigkeit eines Zwangs zur Verhütung aller Freiheitsstörungen. Da nun hiefür die Prävention [5]) zu beschränkt, die physische Entgegenwirkung nicht tauglich ist, so bleibt nur die psychologische übrig. Der Staat muß also auf das Begehrungsvermögen der Bürger wirken und es ihnen psychologisch unmöglich machen, Rechtsverletzungen zu begehen, — was nur geschehen kann durch Androhung sinnlicher Uebel, deren Größe die Unlust aus der Nichtbefolgung der rechtswidrigen Neigung überwiegt. Die Androhung durch ein Gesetz ist nothwendig, weil das Recht der Persönlichkeit geachtet werden muß; und sie ist rechtmäßig, weil Niemands Rechte dadurch verletzt werden. Da aber die leere Drohung die vorausgesetzte Wirkung nicht haben könnte, mithin das Gesetz sich selbst widersprechen würde, so muß die Drohung betreffenden Falls auch ausgeführt werden. Auch diese Ausführung ist rechtmäßig, weil Jeder, der das vollkommene Recht hat, eine Unterlassung zu fordern, auch das vollkommene Recht haben muß, die entgegenstehende Begehung willkührlich zu bedingen, andrerseits aber die Einwilligung in das rechtlich Bedingte zugleich die Einwilligung

1) Mittermaier a. a. O. vgl. Hepp I. 267 ff. Freytag S. 130—133. s. gegen diese Klasse von Theorieen auch Möller S. 21—24. 58—62.

2) Aber schon abweichend von Kant aus der „juridischen" Vernunft. s. Kritik d. natürlichen Rechts. S. 237 ff.

3) Revis. I. 150—176. 319—323. II. S. 146 ff.

4) Revis. I. 1—56. Daß die einzelnen Elemente dieser Theorie größtentheils schon früher bekannt waren, ist richtig, schmälert aber (wie manche kleinen Geister meinten) das Verdienst des großen Kriminalisten nicht, da die wahre wissenschaftliche Originalität nicht in der Produktion des Nagelneuen, sondern in der eigenthümlich urkräftigen Gestaltung des vorhandenen Stoffs, wodurch die Vergangenheit abgeschlossen und eine neue Aera begründet wird, besteht. — vgl. Michaelis Mosaisch. R. Vorr. z. Thl. 6. S. 8 ff. Cäsar Denkwürdigk. aus d. philos. Welt IV. nr. 5.

5) In wiefern hierin der Fortschritt Feuerbachs gegenüber allen bloßen Zufügungstheorieen liege, s. bei Berner a. a. O. S. 151. 152.

in die rechtliche Bedingung in sich schließt. — Gerade in diesem Punkte blieb sich indessen F. nicht getreu [1]), da er das früher ausdrücklich geltend gemachte Vertragsprinzip später aufgab und einen andern Gedanken, der in das System nicht paßte, unterschob [2]). — Auf derselben Grundlage ruht auch die sogen. Warnungstheorie von Bauer [3]), welche eine bloße Modifikation der Feuerbachischen darstellt. Sie unterscheidet sich von derselben durch einen andern Grundsatz für die Strafwürdigkeit der Handlungen und durch einen andern — für die Imputationslehre und die Bestimmung des Strafmaßes wichtigen — nächsten Zweck (bloße Warnung, statt Abschreckung durch psychologischen Zwang); allein alles dies ist für das Prinzip eben nur eine unwesentliche Variation. Hiefür ist vielmehr bloß die weitere Abweichung bedeutend, daß behauptet wird, es brauche für die Vollziehung der Strafe kein besonderer Zweck und Rechtsgrund aufgestellt zu werden, vielmehr werde die Strafe nur als die rechtlich nothwendige Folge der Drohung zugefügt [4]) (wie übrigens schon Feuerbach selbst später, sowie Gros behauptet hatte). Aber eben diese Abweichung vom ursprünglichen Feuerbachischen Systeme ist eine sein Fundament untergrabende Inkonsequenz [5]).

2) Wenn in der Androhungstheorie das Wohl der Gesellschaft primär zum Zwecke gesetzt, aber wenigstens in Vermittlung mit den Forderungen des Einzelwohls zu realisiren gesucht wurde, so haben andere Theorieen sich von der Einsicht leiten lassen, daß, wenn mit der Produktion des Rechtsgesetzes und der Rechtsordnung durch die Freiheit des Ichs wirklich Ernst gemacht werden solle, es als Hauptaufgabe erscheinen müsse, den Zweck der Sicherheit des Ganzen nicht auf Kosten des Wohls des Einzelnen zu erreichen, und deshalb die Beziehung der Strafe auf den einzelnen Verbrecher in den Vorgrund zu stellen. — Dieses Moment tritt nun

a) als bestimmend für die Zukunft auf. Und zwar erscheint es nur als Schranke der abstrakten Tendenz zur Sicherung des Ganzen, da mit dem Aufgeben dieses Moments die abstrakte Besserungstheorie (s. o. II.) beginnt. Grolman [6]) schließt sich noch reiner, als Feuerbach, an das Kantische Rechts-

---

1) vgl. Antihobbes S. 220 ff. Ueb. die Strafe als Sicherung ꝛc. S. 97 ff. — Die Konsequenz blieb in diesem Punkte gewahrt von Erhard de fundam. jur. pun. (bei Martin Coll. Diss. I. p. 422 sq.). Jakobs Ideen über einige Gegenst. d. Krim.Ges.gebung. Kleinschrod syst. Entw. II. §. 9 (freilich sehr schwankend!) v. Almendingen Imput. S. 147 ff.

2) s. N. Rev. S. 809—811. Andere Kritiken b. Thibaut Krit. d. Feuerb. Theorie. Konopak im N. Arch. V. 3. S. 140 ff. Gönner Arch. f. d. Gesetzgeb. II. 16 ff. 216 ff. Schulze a. a. O. S. 316 ff. Welcker letzte Gründe S. 215 ff. Grolman Ueb. d. Begründung ꝛc. S. 1 ff. Henke I. §. 20. Schröter S. 50. 51. Richter S. 188 ff. Bauer Warn.th. S. 328 ff. Luden Einl. z. Uebers. v. Romagnosi. S. 44 ff. Hepp II, 1. S. 221 ff. Freytag S. 159 ff. Mittermaier §. 20. a. z. F. Stöckhardt Naturr. S. 265 f. v. Link S. 9 ff.

3) N. Arch. IX. 429 ff. Warnungstheorie. — Abh. I. 1 ff.

4) Bauer schmeichelte sich, hiermit die Strafe in ihrer Zufügung zu einem reinen Akte der Gerechtigkeit, zu etwas Absolutem gemacht zu haben. s. dag. Berner a. a. O. S. 152—156. vgl. Möller S. 43—45.

5) N. Rev. S. 811. — Andere Kritiken s. bei Hepp II, 1. S. 392 ff. Freytag S. 180—186.

6) Ueber die Begründung d. Strafrechts. — Magazin I. 141 ff. Grundsätze

gesetz an. Daß Zwang gegen Störungen der Freiheit zuläßig und nothwendig sei, verstand sich bei ihm, wie bei allen Vorgenannten, von selbst. Aber er hatte noch nicht die Kühnheit, aus einem nur die Vertheidigung gegen drohende Angriffe unzweifelhaft gestattenden Rechtsprinzipe auf Umwegen auch die Rechtmäßigkeit eines Zwangs gegen bereits vollbrachte Angriffe abzuleiten. Er anerkennt nur einen Zwang gegen gegenwärtig und gegen zukünftig drohende Angriffe (Nothwehr — Prävention). Der Zwang gegen letztere kann nach seiner Ansicht nur gegen denjenigen ausgeübt werden, der durch ein begangenes Verbrechen thatsächlich seine Gefährlichkeit für die Rechtsordnung gezeigt habe, und zwar theils durch Aufhebung der physischen Möglichkeit, Rechtsverletzungen zu begehen (absolute Sicherungsmittel), theils durch abschreckende Strafen, — ersteres nur in außerordentlichen Fällen. In dieser Deduktion der Strafe sank nun freilich das begangene Verbrechen zum bloßen Erkenntnißgrund für die Gefährlichkeit des Thäters und die Größe des infolge hievon auszuübenden Präventionszwangs herab. Darin lag der wunde Fleck, den Feuerbach alsbald angriff [1]). G. suchte daher — auf Kosten der Konsequenz [2]) — einen die Eigenthümlichkeit seiner auf Anerkennung des Einzelnen als Selbstzwecks ausgehenden Theorie noch schärfer hervorhebenden Ausweg, indem er im Anschluß an Fichte ausführte: das Rechtsgesetz sei ein Willensgesetz, d. h. wer überall im Rechtsverhältnisse leben wolle, der müsse sich jenes Gesetz (gleichviel aus welchen Beweggründen) zur unverbrüchlichen Norm seiner Handlungen machen. Wer nun ein Verbrechen begehe, der zeige eben damit, daß er diese Forderung nicht erfüllt habe, und sei daher als ein stetes, der Realisirung des Rechtsverhältnisses entgegenstehendes Hinderniß zu betrachten, dessen Aufhebung von denjenigen, welche das Rechtsverhältniß unter sich wollen, nothwendig bewirkt werden müsse. Damit war das begangene Verbrechen zum Sachgrunde der Strafe erhoben, und an die Stelle der Prävention die Vergeltung gesetzt, was doch G. selbst nicht Wort haben wollte, noch konnte, wenn nicht das Fundament des Systems zerstört werden sollte. Nur als sekundäre Folge der Strafe führt G. auch die Abschreckung Aller durch die psychologische Wirkung des Strafgesetzes auf, die in seinem System ohne weitere Bedeutung ist [3]). Immer ist es der charakteristische Gedanke seiner Theorie, daß die Strafe

---

§. 1 ff. Elemente dieser Theorie s. bei Goodricke Tentamina jurispr. rat. de jure pun. 1766. Claus de natura del. (b. Martin Coll. Diss. I. p. 232 sq.). Malblank Opusc. ad j. crim. spect. p. 158 sq. Stübel System d. allg. peinl. R. I. §. 12 ff. 67 ff. v. Almendingen in d. Bibl. I, 3. S. 5 ff. (Dieser und Stübel giengen jedoch später zu Feuerbach über). Kleinschrod Syst. Entw. II. S. 8 ff. — Anhänger Grolmans ist Tittmann. Nur unwesentlich verschieden ist die Theorie von Schaffrath Grundwissensch. d. Rechts §. 147 ff. 186.

1) Bibl. I, 2. S. 3 ff. Revis. I. 78 ff.

2) Feuerbach üb. d. Strafe als Sicherung S. 12 ff. A. M. Hepp Darst. II, 2. S. 505 ff. s. dag. auch Bauer Warn.th. S. 355 und Hepp selbst S. 519 ff. Für die relative Vertheidigung der Präventionstheorie eb. S. 534 ff. würde sich Grolman ebenso bedankt haben, wie für die spießbürgerlichen Mitleidsbezeugungen auf Kosten Feuerbachs eb. S. 482 ff. und sonst.

3) Begründung ꝛc. S. 108 ff. vgl. dag. Feuerbach üb. d. Strafe als Sicherung ꝛc. S. 47 ff. Gleichwohl erklärt Bauer Abh. I. 64. 65 Grolmans System deshalb für synkretistisch. Hiegegen lehnt sich Hepp II, 2. S. 485 auf, räumt aber S. 501—503. 535 den (unrichtigen) Vorwurf Bauers als richtig ein! Vielmehr

unmittelbar auf den Willen des einzelnen Verbrechers bezogen wird. Zwar spricht er den Zweck der Besserung noch nicht unmittelbar aus, aber er zeigt schon ganz entschieden die Tendenz, den Verbrecher nicht nur von künftigen Verbrechen abzuhalten, sondern auch ihn selbst möglichst zu erhalten und —, wie er wenigstens in einer Note sagt, — politisch zu bessern [1]). — Hieran haben denn eben die auf dem Boden der Kantischen Philosophie entstandenen Besserungstheorieen angeknüpft [2]), und mit Recht; denn, wenn Rechtsgesetz und Rechtsordnung als Schöpfung und Interesse des Ichs aufgefaßt werden müssen, so versteht sich im Grunde die Forderung von selbst, daß im Wohle des Ganzen das Wohl des Einzelnen miterhalten werden müsse. Nur freilich hat die Besserungstheorie sich von der Protektion der Spezialprävention zu emanzipiren gesucht und ist damit großentheils ganz aus dem Rechtsgebiete herausgekommen.

b) Das Moment wird auf das begangene Verbrechen bezogen, aber so, daß die Berücksichtigung des Einzelwohls nicht abstrakt (wie in den einfachen Erstattungstheorieen — s. II.) [3]) hervortritt, sondern innerhalb der Grenzen der Sorge für das Gemeinwohl (die allgemeine Rechtsordnung) gehalten bleibt. Diese Theorie in ihrer konsequentesten Ausführung [4]) setzt den Zweck der Bestrafung in die Erstattung des ganzen durch die Rechtsverletzung bewirkten intellektuellen (oder idealen) Schadens, welcher in der Störung des Prinzips des rechtlichen Willens liegt. Der Verbrecher selbst zeigt durch seine Handlung einen

---

findet sich aber eine Kombination der Androhungs- und der Präventionstheorie nicht bei Grolman, dagegen allerdings bei Oersted Grundr. S. 46 ff. Escher vier Abh. S. 39 f. 61 f. J. C. F. Meister NaturR. §. 583. Stübel im Anh. z. Mitterm. üb. d. neusten Zustand. vgl. jed. Welcker S. 228 ff.

1) Kritiken der Präv.theorie s. bei Feuerbach a. a. O. Welcker S. 231 ff. Henke I. §. 20. Richter S. 184 ff. Bauer Warn.th. S. 352 ff. Wirth Hdb. S. 85 ff. Stöckhardt Nat.R. S. 268. v. Link S. 71. n. 46. Schröter S. 50. Hepp II, 2. S. 486 ff. Freytag S. 175 ff. (Der Franzose „Reater," den dieser als Anhänger G's aufführt, scheint Rauter traité du droit crim. I. p. 3 sq. sein zu sollen, der aber nicht hierher gehört, sondern im Wesentlichen mit Mittermaier s. o. übereinstimmt. Möller S. 43. — N. Rev. 811—813.

2) s. bes. Stelzer a. a. O. und Kritik d. Eggers'schen Entw. S. 4 ff., welcher sich, wie Grolman, an Fichte lehnt.

3) Natürlich fehlt es hier nicht an Uebergängen, da auch die unter II. Genannten nie ganz vom Gemeinwohl abstrahiren. Daher stellt Bauer Warn.th. S. 303 sämmtliche Erstattungstheorieen zusammen, und zählt nur irriger Weise auch Hegel (S. 272) und Henke hierher; schief ist dagegen die Auffassung bei Hepp II, 2. S. 743.

4) Welcker letzte Gründe rc. S. 249 f. Universal-Encyklop. S. 115 ff. bei Thilo S. 27—37. — vgl. ähnliche Ansichten bei Cropp Praecepta circa pun. conatum I. p. 11 sq. Schröter Hdb. S. 48. 51. Roßhirt Lb. § 8. Wächter I. S. 51. 52. — Einzelne Elemente dieser Theorie finden sich bei allen ob. unter II, als Vertheidiger der Erstattung, Buße u. Aussöhnung Genannten. Nur freilich greift bald das privatrechtliche Moment (z. B. bei Schmid, Hänsel rc.), bald das moralische (v. Bothmer, Cousin, Krug rc.) ungebührlich vor. Bei Klein, Schneider und v. Droste-Hülshoff geht die Erstattung sogar nahezu in Prävention über. Gleichwohl ist es ungerecht und „unehrlich", wenn Hepp die Letztgenannten geradezu unter die Kategorie I. (abstrakte Abschreckung durch die Strafzufügung) stellt II, 1. S. 109 ff. und — wunderlich, wenn er auch Wächter (Tüb. krit. Ztschr. I, 2. S. 37 ff.) hier unterbringt, eine Kuriosität, die nur von Freytag S. 143 noch überboten wird.

Mangel der rechtlichen Willensbestimmung, einen Mangel der Harmonie seiner Triebe mit den Forderungen des Rechtsgesetzes. Bei den übrigen Bürgern erzeugt das Verbrechen theils Mangel der Achtung und des Vertrauens zum Thäter, theils Mangel der Achtung vor dem Rechtsgesetze, das durch das Verbrechen herabgewürdigt und zu dessen fernerer Herabwürdigung ein böses Beispiel gegeben ist. Hinsichtlich des Verletzten endlich enthält das Verbrechen theils eine Ehrverletzung, theils stört es dessen rechtliche Willensbestimmung. Der Zweck der Strafe ist daher ein mehrfacher: moralische oder wenigstens politische (Abhaltung von weiteren Uebelthaten) Besserung des Verbrechers, — Wiederherstellung der Achtung und des Zutrauens seiner Mitbürger gegen ihn, — Wiederherstellung der rechtlichen Willensbestimmung bei den Bürgern überhaupt, — Wiederherstellung der Ehre des Beleidigten und seiner rechtlichen Willensbestimmung, — nöthigenfalls Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede. — Mit Unrecht hat man diese Theorie theilweise schon ganz den absoluten beigezählt [1]), zu denen sie allerdings den nächsten Uebergang bildet (dem Inhalt nach, nicht etwa, weil der Urheber ohne philosophisches Bewußtsein gewesen wäre, wie die unter 1) a) bb) Genannten). Sie steht ganz und gar auf Kantischem Boden, und leidet noch ganz an dem Mangel, anstatt des Verbrechens selbst nur dessen Folgen in's Auge zu fassen, obwohl es ein großer Fortschritt war, daß sie überhaupt das begangene Verbrechen zum Ausgangspunkte nahm. Jener Fehler brachte es denn nothwendig mit sich, daß das civilrechtliche Prinzip der Entschädigung in ein Gebiet hinein erstreckt werden mußte, in welchem die Wiederaufhebung des Unrechts sich nothwendig qualitativ anders gestalten muß. Dazu begeht sie den Fehler, die Substanz des Rechts selbst für verletzbar zu halten; was sie aber außerdem von Schadensobjekten nennt, sind — mit Ausnahme der vom Verbrecher selbst bewiesenen Unvernunft — sammt und sonders ganz indifferente Momente [2]).

3) Wie Bentham in der romanischen Philosophie, so hat in der deutschen Fichte die bei den Andern zerstreuten Momente zu Einem System zu verbinden gewußt [3]). Die bei Grolman nur als Schranke anerkannte Berechtigung des Einzelwohls tritt bei F. als positive Forderung auf, indem er der Thesis, daß jeder Verbrecher als Verletzer des Bürgervertrags der Strenge nach aus dem Bürgerverein ausgestoßen, d. h. rechtlos werden müsse, sofort die Antithesis entgegenstellt, daß in allen Fällen, in welchen die allgemeine Sicherheit damit bestehen könne, an die Stelle der Rechtlosigkeit ein milderes Reaktionsmittel treten müsse,

---

1) so Abegg und Jarcke, wogegen Henke das System W's als eine Kompilation aus den verschiedensten relativen Theorieen bezeichnet. Hdb. I. 101 ff. —

2) Kritiken s. bei Oersted Grundr. S. 82 ff. Henke a. a. O; Bauer Warn.theorie S. 315 ff. Hepp II, 2. S. 744 ff. Freytag S. 138 ff. — s. dag. N. Rev. S. 785. 786. Bei Thilo S. 27—37 neigt sich Welcker allerdings sehr der hier durchgeführten Ansicht zu, wie auch Rotteck eb. S. 23—26.

3) Naturrecht II. 95 ff. Die juristische Literatur hat sich etwas damit gewußt, gerade den tiefsinnigsten Jünger Kants über die Achsel anzusehen. So entblödet sich selbst Henke I. §. 21. nicht, Fichte mit einem Mereau und Gen. (s. darüber Grolmans Bibl. I, 1. S. 153 f.) zusammenzustellen, was ihm Hepp II, 1. S. 25 ff. nachthut, jedoch mit der Bemerkung, Fichte habe „mit Geist geschrieben." s. jedoch wenigstens Oersted Grundr. S. 62. 63 Note.

da der Staat sich seine Bürger so viel als möglich zu erhalten habe. Der Grundgedanke der wahren Konsequenz von Kants System, daß das Rechtsgesez das einzig mögliche Sozialgesetz sei, daß aber seine Existenz auf die Freiheit des Ichs sich gründen müsse, daß mithin in den rechtlichen Justitutionen, namentlich denn auch im Strafrechte, das Wohl des Ganzen mit dem des Einzelnen vermittelt sein müsse, ist hier auf's Stärkste ausgedrückt, und eben damit sind die Prinzipien von Feuerbach und Grolman in ihr wahres Verhältniß gebracht [1]). Wenn sodann jener mit dem Versuche, die Zufügung der Strafe auf das Grundprinzip des Vertrags zu gründen, scheiterte und überhaupt durch seine Trennung zwischen Androhung und Zufügung der Strafe aus der Konsequenz fiel, und wenn andrerseits Grolman zwar das Vertragsprinzip stets achtete, aber durch die Forderung einer rechtlichen Gesinnung den Unterschied zwischen den Gebieten des Rechts und der Moral, worauf doch das ganze System beruhte, aufzuheben drohte, — so blieb Fichte streng bei dem spekulativen Kern der Lehre, indem er das ganze Strafrecht ohne allen Rekurs auf moralische Ingredienzien eben nur auf die durch Vertrag gegründete Zwangsinstitution des Staats gründete. Indem er nun für die Fälle der Antithesis den Abbüßungs- und den Besserungsvertrag statuirt, für die äußersten aber die Ausstoßung aus dem Bürgerverein und infolge davon den Kriegszustand zwischen dem Staat und dem Verbrecher zuläßt, so sind in seiner Lehre die Androhung, die Prävention, die Besserung, die Abbüßung, die Selbsterhaltung des Staats und sogar — wenn auch in mangelhafter Weise — die Idee der objektiven Genugthuung mit dialektischer Kunst in Ein Ganzes gebracht [2]). Zugleich ist aber hier erst ganz rücksichtslos mit der Kantischen Deduktion des Rechtsgesetzes aus dem Sittengesetze gebrochen und die Strafe, alles Absoluten entkleidet, ganz unter die Kategorie des Relativen gestellt.

---

1) Davon wissen freilich in der Regel die Beurtheilungen nichts zu melden. vgl. Oersted Grundr. S. 61 ff. Henke Hdb. I. §. 21 (nachdem er früher ein Anhänger F's gewesen war. s. üb. den gegenwärt. Zustand ꝛc. S. 98 ff.). Wächter I. §. 24. n. 72. Welcker S. 222. 223. Abegg Lb. S. 62. Bauer Warn.th. S. 380. Hepp II, 1. S. 38 ff. Luden Hdb. I. 47. 48. Freytag S. 192—196. Möller S. 24. — N. Rev. S. 813—815.

2) Bauer, der überall gemischte Theorieen wittert, bringt auch Fichte's System, von dem er weiter nichts zu sagen weiß, glücklich hier unter (s. auch Henrici S. 270). Mit Recht nimmt sich Hepp hiegegen F's an. Uebrigens spricht Hepp stets von „koalirten" Systemen, während er v. Kapff es sehr übel nimmt, daß er „Expiation" und „Repression" sage, statt ganz deutsch: „absolutes und relatives Prinzip" zu sagen. — Die von Fichte nachgewiesene Mannigfaltigkeit der Beziehungen der Strafe ließen sich übrigens auch andere gefallen, ohne es mit dem Beweise so streng zu nehmen. s. z. B. Gros Nat.Recht §. 346 ff. Bezin die Befugniß des Staats in Hinsicht auf Rechtsverletzungen. — In Verwandtschaftsverhältniß mit Fichte's System steht die Theorie von J. G. A. Wirth Hdb. d. Strafr.Wiss., der freilich über F. selbst oberflächlich abspricht und sogar den Versuch macht, den Standpunkt Fichte's mit dem von Hegel zu vermitteln, zuletzt es aber doch nur zu einer Theorie des Gleichgewichts verschiedener Strafzwecke bringt. N. Rev. S. 818. 819.

Dritter Abschnitt.

Das Prinzip der Strafe (und die Strafarten).

§. 121.

Das eigenthümliche Wesen des Staats besteht in der Verwirklichung des Sittlichen zu objektiver Geltung. Gleichwohl ist der Staat der Ausdruck der sittlichen Idee selbst, — auf einer bestimmten Stufe ihrer Verwirklichung. Daher darf er auch gegen die subjektive Verinnerlichung des sittlich Nothwendigen sich nicht abschließen. Wie daher alle Staatsthätigkeiten zur Vermittlung des Wohls der Einzelnen sich aufschließen müssen, so muß auch die Strafrechtspflege des Staats die Zwecke der Strafe für das Gemein- und Einzelwohl anerkennen und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung, wo der Staat sie seinem spezifischen Wesen gemäß nicht direkt erstreben kann und darf, wenigstens passiv anerkennen. Es tritt gerade hier der Punkt ein, wo sich die Strafgerechtigkeit des Staats von der Strafgerechtigkeit der Familie, Schule und Kirche (§. 26) unterscheidet. Jede dieser beiden Formen muß ohne Zweifel die beiden wesentlichen Momente des Begriffs der Strafe (§. 116. 117) in sich aufnehmen, so jedoch, daß je in der einen das eine, in der andern das andre, und zwar in der Strafgerechtigkeit des Staats seinem spezifischen Wesen gemäß das der objektiven Genugthuung das vorherrschende und bestimmende zu bilden hat. Die Strafe des Staats nämlich hat eben nur Verbrecher zur Voraussetzung, d. h. solche Individuen, bei denen einer allgemeinen Norm zufolge die Freiheit als dem Stadium der Erziehung entwachsen anzunehmen ist. Daher darf der Staat zwar der Strafe keine der in ihrem Wesen liegenden subjektiven Intention (Erziehung, Züchtigung, Besserung rc.) entgegengesetzte Qualität geben; allein ebensowenig darf er diese subjektive Intention als die Hauptsache mit Zwang zu verwirklichen suchen (§. 118). Vielmehr darf er mit seiner Reaktion die Subjektivität des Verbrechers nur in dem Maße ergreifen, wie dieser sie in der bestimmten Handlung selbst entäußert hat. Aber auch die auf das Gemeinwohl sich beziehenden Zwecke der Strafe können im Staatsstrafrechte keine abstrakte Geltendmachung ansprechen, da zwar allerdings das Recht zugleich als das allgemeine Wohl verwirklicht werden muß, hiebei aber das Prinzip des Wohls um so mehr als das sekundäre erscheint, als es die wesentliche Aufgabe einer andern Staatsthätigkeit (der Polizei) ist, das letztere Prinzip zum primären zu machen. Das Prinzip der vom Staat ausgehenden Strafe bestimmt sich daher dahin, daß sämmtliche aus dem objektiven oder subjektiven Moment

der Strafe für das Einzel- und Gemeinwohl abzuleitenden Zwecke innerhalb des im §. 118 angegebenen, dem Begriff des Staates als rechtlichen Instituts, wie dem Begriff des Verbrechens als einzelner Handlung entsprechenden Maßes gehalten bleiben müssen. N. Rev. §. 200. 204. 205.

§. 122.

Als Prinzip der Strafe im Staate — im Unterschied von der Strafe in andern sittlichen Kreisen — ergiebt sich daher die objektive Genugthuung nach dem Werthe (Wiedervergeltung). Da nun aber alle Staatsthätigkeiten als Aeußerungen der praktischen Vernunft ein organisches System bilden müssen, so folgt 1), daß auch in der Strafrechtspflege das relativ selbständige Hervortreten der Zwecke durch das Prinzip selbst hervorgerufen und je an geeigneter Stelle gesetzt sein muß. Soll mithin die Strafe den Zweck erhalten, absolutes Sicherungsmittel für die Gesellschaft zu werden, so muß das Verbrechen von solcher Tiefe sein, daß der Handelnde dadurch sein Recht, in der sittlichen Gemeinschaft thätig zu sein, ganz verwirkt haben muß. Soll die Strafe unter der Kategorie der Abschreckung, Züchtigung und Besserung sich zeigen dürfen, so muß die Subjektivität in der Handlung als eine solche hervorgetreten sein, welche in den Stand der sittlichen Unmündigkeit zurückgesunken ist und deshalb der Zucht bedarf. 2) Sind aber diese Bedingungen vorhanden, so muß auch sofort der gesetzte Zweck als solcher wirklich bestimmende Norm für die Strafbestimmung und Vollziehung werden, wenn auch immer nur innerhalb der durch das Prinzip der objektiven Genugthuung gegebenen Maßbestimmtheit. 3) Umgekehrt setzt aber das Prinzip in der Anerkennung dieser Zwecke sich selbst die Schranke, denselben nicht entgegenwirken, namentlich also keine damit unvereinbaren Strafarten anerkennen zu dürfen. Desgleichen muß die Vollziehungsweise der anzuerkennenden Strafarten so beschaffen sein, daß dadurch jene Zwecke mit befriedigt oder mindestens nicht ausgeschlossen werden (z. B. die Kraft der Abschreckung nicht verloren, die Wirkung der Besserung nicht gehemmt wird). N. Rev. §. 206 [1]).

---

1) Die hier gegebenen Bestimmungen über die Voraussetzungen und bei gegebenen Voraussetzungen über die Nothwendigkeit der Pönitentiarbehandlung sind um so wesentlicher, je mehr sie gewöhnlich ignorirt werden. Denn, was Abegg N. Arch. 1845. S. 239—269 ausführt, ist durchaus nicht genügend, da daraus vielmehr die Zulässigkeit der Pönit.behandlung unter allen Umständen folgen würde (s. auch Naumann üb. d. Strafrechtstheorie und das Pönit.system). Ueber diesen viel zu vagen, gerade das Hauptmoment übersehenden Gesichtspunkt kommt aber auch Mittermaier in seinen vielfach wiederholten Ausführungen über die wahre Bedeutung

§. 123.

Hiemit sind aber alle aus dem Prinzip des Wohls abzuleitenden Forderungen so vollständig befriedigt, als es innerhalb einer vorzugsweise zur Herstellung des Rechts berufenen Staatsthätigkeit geschehen kann [1]), und zwar auf eine solche Weise, daß der Staat in der Ausübung objektiver Gerechtigkeit zugleich subjektiv gerecht gegen die Freiheit des Individuums bleibt. N. Rev. §. 207.

1) Gerade diese gerechte Anerkennung der aus dem Prinzip des Wohls fließenden Zwecke der Strafe fehlt bei Hegel [2]). Wenn es freilich schon mit dem äußerlichen (mechanischen) Koordiniren beliebiger oder auch sämmtlicher Strafzwecke neben dem Prinzip der Wiedervergeltung gethan wäre, so hätte man nur bei den Vertretern des alten Naturrechts stehen bleiben dürfen, die bei ihrer Tendenz, nur eben das Gegebene vernünftig zu begründen, in der Regel ein viel vollständigeres Gesammtbild der Strafe liefern, als ihre sämmtlichen Nachfolger, nur freilich noch keineswegs in philosophisch vermittelter Weise [3]). Auch seit

---

des Besserungszwecks, wobei er eben nur Abegg folgt, nicht hinaus. s. z. B. N. Arch. 1846. S. 143 ff. Neuester Zustand der Gefängnißeinr. in England. S. 78 ff., daher er wohl nicht berechtigt war, der N. Rev. in diesem Punkte Lücken und Mißverständnisse vorzuwerfen, welcher Vorwurf vielmehr ihn selbst trifft. Auch Naumann a. a. O. hat jener eine zu große Beschränkung des Pönitentiarsystems mit Unrecht Schuld gegeben. s. meinen Art. in der Hall. allg. Monatsschr. Juni 1850. S. 361—370. Jede neue Idee sucht sich freilich zuerst weit über das richtige Maß hinaus geltend zu machen. Aber die Aufgabe der Wissenschaft ist es eben, dieses Maß festzusetzen, da durch prinziplose Uebertreibung der guten Sache nur geschadet wird. s. unten. — Uebrigens wurde, was Abegg sagt, längst schon und inhaltreicher von Henke I. §. 69 ausgeführt. s. auch Mitterm. N. Arch. 1844. S. 114 ff.

1) Die Forderung der Prävention durch Androhung der Strafe erfüllt sich durch die anderweitig bewiesene Nothwendigkeit, dem Rechte gesetzliches Dasein zu geben. Die Forderung der Spezialprävention vollzieht sich durch die (§. 122) aufgezeigte Nothwendigkeit, daß die Strafe die Möglichkeit der Abschreckung von künftigen Verbrechen involviren und daß diese Möglichkeit gegenüber einem erziehungsbedürftigen Subjekte als wirkliche Zucht hervortreten müsse. Eben dadurch und durch die damit gegebene Möglichkeit, bei Verbrechen von besonderer Tiefe den Verbrecher zugleich relativ als Mittel zur Abschreckung Anderer zu gebrauchen, erfüllt sich die Forderung, daß die Strafe als Mittel benützt werde, das gleiche widerrechtliche Ferment in Andern zu vertilgen und den Reiz zur Nachahmung aufzuheben. Indem aber die objektive Genugthuung das Strafprinzip selbst bildet, so ist damit an und für sich die Forderung erfüllt, die Gesetze als die Grundpfeiler der Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und den darin ausgesprochenen allgemeinen Willen als den unverbrüchlichen aufzuweisen, sowie eben damit zugleich der Zweck, den durch das Verbrechen erzeugten idealen Schaden wieder aufzuheben, von selbst seine Befriedigung findet. Endlich aber ist durch die aufgezeigte Nothwendigkeit, in der Strafe die Forderung der Tilgung der Schuld als eine theils vom Verbrecher selbst zu vollziehende, theils vom Staate vormundschaftlich zu befördernde anzuerkennen, auch der Zweck befriedigt, jenen nicht dem Gemeinwohl zu opfern, sondern möglichst seine Erhaltung für den Staat zu erstreben.

2) s. N. Rev. S. 765. 778—780. 782.

3) So finden sich schon bei Grotius (II. c. 20) neben der Wiedervergeltung (malum passionis ob malum actionis; — sicut qui vendit, obligasse se censetur ad omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui deliquit, sua voluntate se videtur obligasse poenae) die Zwecke der Vergütung, Sicherung, Besserung aufgeführt. vgl. Puffendorf VIII. c. 3. §. 2 sq. (falsch bei Hepp I. 14. 15. II, 2. S. 663).

Kant fehlt es nicht an mancherlei Versuchen, die absolute Theorie mit einem oder dem andern Zwecke oder einer Mehrheit von Zwecken zu kombiniren, bald so, daß beide Momente sich einfach koordinirt werden [1]), oder genauer einander ergänzen sollen [2]), bald so, daß je das eine Moment das konstituirende, das andre das regulirende Prinzip bilden soll [3]). Gegen derlei bloß mechanische Versuche, den an sich richtigen Grundgedanken zum Ausdrucke zu bringen, daß es den auf Beförderung des Einzel- und Gemeinwohls gerichteten, in den sog. relativen Theorieen hervorgehobenen Zwecken der Strafe an innerer Berechtigung nicht fehle, erklärten sich Mehrere mit Recht, weil sie sehr wohl einsahen oder fühlten, daß mit solchem bloßen Koordiniren, ja selbst mit einem scheinbar ungefährlichen bloßen Subordiniren eines oder mehrerer sofort zum Reguliren schrankenlos berufener Zwecke das absolute oder Gerechtigkeits-Prinzip zur bloßen Illusion werde [4]). Allein es war nun andrerseits zu weit gegangen, wenn man die durch die gedachten Zwecke geforderten Wirkungen der Strafe nur als zufällige Modalitäten bezeichnete, die sich bei der Anwendung der Strafe nach der absoluten Theorie (Wiedervergeltung, Gerechtigkeit) schon von selbst einstellen werden [5]). Vielmehr mußte man dazu weiter gehen, jene Zwecke als relativ wesentliche Momente in der Ausführung des absoluten Prinzips selbst organisch zur Entwicklung zu bringen [6]).

2) Die Frage, ob auch das positive gemeine Recht eine Strafrechtstheorie — und welche es befolgt habe, wird sehr verschieden beantwortet. Sehr viele antworten überhaupt mit Nein [7]); mit Recht, wenn von einer wissenschaftlich syste-

Leyser Sp. 649. med. 1. Dagegen gehören Michaelis, Böhmer u. A. nicht hierher, die sich nur an die Kategorie der Zweckmäßigkeit halten (so auch Cujaz, Huber bei Wächter I. S. 50 citt.).

1) so bei Krug philos. Rechtslehre §. 63.

2) so bei Henrici üb. d. Unzulänglichkeit &c. v. Kapff Bemerk. z. Wirt. Entw.

3) Die letztere Eigenschaft wird bei Mittermaier dem Gerechtigkeitsprinzip übertragen, und gleichwohl meint er eine „Gerechtigkeitstheorie" aufzustellen! s. o. — Dagegen erscheint jenes Prinzip als das konstitutive bei Rossi (s. N. Rev. S. 825—828), bei dem jedoch die Ausführung zum Siege des relativen Moments ausschlägt, welches als eine Mehrheit von Zwecken auftritt, — sowie bei Henke und Möhl, welche nur den Besserungszweck zum Regulator machen, aber gleichfalls auf Kosten des konstitutiven Prinzips. s. auch Heffter §. 91. 109. 114. Hélie I. 10—16.

4) Jarcke I. 249. Stahl II, 2. S. 372 ff. Richter S. 141. 142. 171—174. Abegg Strafr.theor. S. 28. 33. Henke I. §. 4. vgl. jed. S. 406. 407. 578, wo seine frühere Ansicht nachwirkt. Bauer Warn.theor. S. 391. 392 (sehr oberflächlich). Hepp I. 261—367 (etwas besser, doch auch ohne Verständniß des Wesens der abs. Theorie). Luden Hdb. I. 57—59. Freytag S. 116. 117 (vag). N. Rev. S. 779. 780.

5) so Jarcke I. 246 ff. Stahl u. Richter a. a. O. Abegg Lb. §. 46. Anm. §. 47. 50. 114. N. Arch. 1845. S. 239 ff. Henke I. §. 4. s. jed. vor. Note. Luden I. 59. s. dag. N. Rev. S. 782.

6) Berner N. Arch. 1845. S. 163—171 (vgl. Hepp Vorr. zu II, 2!!). Tiefer eingehend Wirth Ethik II. 321 ff. N. Rev. §. 205—207. Naumann a. a. O. vgl. Hall. Allg. Monatsschr. 1850. S. 361 ff. Stein Hall. A. Lit.Ztg. 1846. S. 744.

7) so auch Grolman §. 152. 163. a., der aber doch meint, wenn man einmal eine Grundansicht im gem. deutschen Rechte finden wolle, so könne es wohl nur die Spezialprävention sein. vgl. Martin §. 6. 7. Dabelow im N. Arch. III. S. 617 ff. Bauer Warn.th. S. 375. 376.

matisirten Theorie die Rede ist, dagegen mit Unrecht, wenn damit gesagt sein sollte, dem gemeinen Rechte habe es an allem bestimmten Bewußtsein über die rechtliche Natur der Strafe gefehlt. Umgekehrt wollen Andre in diesen Rechten bestimmte Strafrechtstheorieen niedergelegt finden. Hiegegen sind jedenfalls zunächst diejenigen im Rechte, welche das römische, kanonische und deutsche Recht nicht über Einen Leisten geschlagen wissen wollen 1). Es waren jedoch wieder willkührliche Abstraktionen, wenn man dem deutschen Rechte vor dem Eindringen des Einflusses der Kirche lediglich den Gedanken der nur die materielle Rechtsverletzung berücksichtigenden Privatrache (resp. Komposition), dem römischen bloß die politischen Beziehungen der Strafe, dem kanonischen die sittliche Idee der Buße zur Grundlage gab 2). Jedenfalls kamen diejenigen der Wahrheit näher, welche solche Fixirung je Einer Grundansicht von der Strafe in den drei Quellen des gem. deutschen Rechts als unrichtig verwarfen 3), und vielmehr theils (bei den Römern und Deutschen) nationale 4), theils weltgeschichtliche Entwicklungsperioden 5) der strafrechtlichen Idee annahmen. Nur sind eben diese Perioden wieder bald im Allgemeinen nach sehr abstrakten Kategorieen zugeschnitten, bald in der Anwendung auf die einzelnen Völker mit sehr willkührlichem, und daher auch sehr verschiedenem Inhalte ausgestattet. Abgesehen davon ist der Gedanke einer allmäligen Entwicklung der strafrechtlichen Idee an sich ohne Zweifel ein ganz richtiger, und nicht minder die Annahme, daß kein geschichtlich hervorgetretenes Strafrecht sich jemals auf irgend eine einseitige Theorie zurückführen lasse. Es ist hier nicht der Ort, dies genauer zu belegen, was der geschichtlichen Darstellung vorbehalten bleiben muß. Vielmehr wird die Bemerkung genügen, daß der an Momenten so reiche Begriff der Strafe nicht verfehlt haben könne, auch in der Geschichte seinen Reichthum zu entfalten, aber freilich nicht auf einmal den ganzen, den in der That weder das römische, noch das deutsche Recht auf ihren jüngsten Entwicklungsstufen vollständig herausgearbeitet zeigen, daher er noch viel weniger auf den früheren Entwicklungsstufen erwartet werden kann 6). Es ist daher auch nicht richtig, wenn die Gerechtigkeitstheorie (ein ohnedies so vager Begriff) als diejenige bezeichnet wird, welche überall dem positiven Strafrechte zu Grunde liege 7), da man ja zugleich zugeben muß, daß höchst einseitige Zwecke (namentlich der Abschreckungszweck) sehr häufig mit Verletzung des Gerechtigkeitsprinzips geltend gemacht worden seien. In der That liegt es in der Natur der Dinge, daß auf verschiedenen staatlichen Bildungsstufen verschiedene Seiten am Begriffe der Strafe hervortreten

1) s. Jarcke I. 51 ff. Luden I. 83.

2) Jarcke I. 10—58. 253—255. Nur im MA. und noch etwas später soll das Abschreckungsprinzip zur Herrschaft gelangt sein. s. übr. die richtige Bemerkung S. 21. n. 1. Aehnlich Henke I. §. 8—16 (jedoch im Einzelnen, namentlich hinsichtlich des altdeutschen Rechts, abweichend).

3) Klenze Lb. Vorrede S. VI.

4) s. z. B. Welcker letzte Gründe rc. S. 450 ff. Encyklop. S. 332 ff. Besserer de indole jur. crim. Rom. p. 18 sq. Rein S. 82. vgl. hins. des deutschen Rechts auch Henke und Jarcke a. a. O. und fast Alle, die darauf eingehen.

5) Abegg Strafrechtstheor. S. 20. n. 18.

6) s. §. 116. Anm. 3. §. 117. Anm. 2. §. 118. Anm. 1.

7) Abegg Strafrechtstheor. S. 78 ff. Lb. §. 51—53.

und sich vorwiegend gelten machen; und zwar werden es namentlich diejenigen sein, die unter das Moment der objektiven Genugthuung fallen oder vorzugsweise zu Beförderung des Gemeinwohls dienen [1]), wogegen die spezifisch auf das Einzelwohl gerichteten Zwecke (Buße, Aussöhnung, Besserung) im Strafrechte des Staats nie primär zur Geltung kommen, wohl aber bei höherer gesellschaftlicher Bildung und reiferer Organisation der übrigen Staatsverwaltung (Polizei, Unterrichtswesen ꝛc.) den Zwecken der Sicherung und Abschreckung mäßigend entgegentreten werden. Treten aber zeitweise oder treten zu gegebener Zeit in einzelnen Partieen eines positiven Strafrechts solche bestimmten Seiten der Strafe vorwiegend hervor, so geschieht dies doch in der That niemals mit Ausschließung aller übrigen; denn der Begriff der Strafe ist, wie an sich, so auch in der Wirklichkeit stets ein lebendiges Ganzes, das eben in der Wirklichkeit nie zu einer bloßen Abstraktion werden kann. Dies zeigt sich namentlich auch am kanonischen Rechte, bei dem man eben um seines kirchlichen Ursprungs willen mehr, als bei irgend einem weltlichen Rechte, eine schneidende Einseitigkeit in der Auffassung der Strafe erwarten sollte. Gleichwohl hat auch hier die allerdings vorwiegende Beziehung der Strafe auf das Innere des Schuldigen (Züchtigung, Entsühnung, Abbüßung, Besserung) keineswegs andre wesentliche Beziehungen derselben (Genugthuung, selbst in materieller Form durch Geld und Gut, Selbsterhaltung des Klerus in seiner Standeswürde, Spezial- und Generalprävention) ausgeschlossen [2]), — was sich freilich dadurch erklärt, daß die Kirche im MA. einen dem des Staats analogen Standpunkt einnahm [3]). — Was nun aber die weltlichen Rechte betrifft, so ist beim neusten römischen sogleich die noch nicht gänzlich verschwundene prinzipielle Verschiedenheit des öffentlichen und des Privatstrafrechts in's Auge zu fassen [4]). Bei jenem aber, das man allein in Betracht zu ziehen pflegt, ist es ebenso willkührlich, wenn man die Vergütung des intell. Schadens [5]),

---

1) Und zwar wird natürlich in der Regel der Zeit nach die materielle Wiedervergeltung (Rache, Komposition) vorangehen, worauf dann eben aus dem Zwitterding der Komposition (Privatstrafe) der Gedanke der idealen Vergeltung sich entwickelt und in der öffentlichen Strafe als objektiver Genugthuung sein angemessenes Dasein erhält. Mit der einmal gesetzten Eigenschaft der Strafe als Reaktion in öffentlichem Interesse ist dann aber von selbst die Hervorhebung ihrer mannigfachen Beziehungen auf das Gemeinwohl (Selbsterhaltung der Gesellschaft, Sicherung, Abschreckung, Vergütung des idealen Schadens ꝛc.) hervorgerufen, wobei denn die Kombination der Elemente sich nach der Nationalität, Bildungsstufe, weltgeschichtlichen Stellung des Volks ꝛc. bestimmt. — Daß aber auch dieser natürliche Entwicklungsgang nicht zum abstrakten Normalmaß gemacht werden darf, zeigt der eigenthümliche (freilich selten gehörig erwogene) dualistische Bildungsverlauf des römischen Strafrechts.

2) De poenitentia D. I. c. 63. 64. 66. 84. — c. 2 X. de poen. (V. 37). c. 1 X. de maledicis (V. 26). c. 1 X. de excess. praelat. (V. 31). c. 35 X. de sent. excommun. (V. 39). De poenit. D. IV. c. 1. Caus. XXIII, qu. 4, c. 33.

3) Wilda S. 530 ff. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. 171 ff. Klenze Lb. Vorr. p. VI.

4) Dies geschieht aber weder bei Welcker, Cropp und Wächter, noch bei Rein a. a. O., auch bei Abegg wenigstens nicht gehörig.

5) Daß die Strafe sich auf den Willen beziehe, worin Wächter I. §. 28. 29. n. 77 das Charakteristische findet (vgl. Welcker und Cropp) ist nichts Besonderes; dies geschieht auch bei den Präventions- und Besserungstheorieen.

als wenn man die Abschreckung [1]) oder Sicherung [2]) oder die reine Gerechtigkeit [3]) als das herrschende Prinzip darin finden will. Allerdings sprechen verschiedene Stellen das spezifische Wesen der öffentlichen Strafe als objektiver Genugthuung für das begangene Verbrechen unumwunden aus [4]), wobei jedoch wohl zu bemerken ist, daß die gleiche Würdigung der objectiven Seite des Verbrechens mit seiner subjektiven im Kaiserrecht zwar angebahnt, aber nicht mehr konsequent durchgeführt worden ist (§. 65. Anm. 5. §. 69. Anm. 2. §. 80. Anm. 2. 3. §. 81. Anm. 1. §. 90. Anm. 4. §. 92. Anm. 2). Hievon aber abgesehen, fehlt es auch nicht an andern Stellen, welche die Zwecke der Spezial- und Generalprävention, und zwar nicht etwa immer nur als sekundäre Modalitäten, sondern nicht selten als primär entscheidende Momente aufführen [5]) (wogegen die pädagogische Tendenz der Strafe vornämlich nur im Familienstrafrechte und dem als Surrogat hievon erscheinenden öffentlichen sich geltend macht. §. 117. Anm. 2). — Ebenso willkührlich ist es, das deutsche öffentliche Strafrecht, wie es nach langem Kampfe mit den alten Formen der Rache und Komposition endlich in der P.G.O. sich fixirte, unter die Rubrik einer bestimmten Strafrechtstheorie bringen zu wollen [6]), was namentlich auch von der Gerechtigkeitstheorie gilt [7]). Allerdings wurde die Handhabung des Strafrechts als eine Sache der Gerechtigkeit um ihres von Gott verordneten Berufs willen den fränkischen und deutschen Königen stets von der Kirche nahe gelegt [8]). Es ist jedoch zwiefach unrichtig, wenn auf das christliche Königthum der Eintritt des Gerechtigkeitsprinzips in das deutsche (oder schon das germanische) Strafrecht zurückgeführt wird [9]). Denn einerseits lag der Gedanke, daß das Verbrechen

---

1) wie Kleinschrod II. §. 51. Jordan Ausleg. d. Strafges. S. 60 f. Luden I. 82.

2) wie Grolman a. a. O.

3) wie Abegg. vgl. dag. Luden a. a. O. n. 4. Vorst und Tafinger wollten die Wiedervergeltung nach Kantischem Schnitt darin finden.

4) l. 131 D. de V. S. (50. 16). l. 11. 37 D. de poen. (48. 19). l. 22 C. eod. (9. 47). Nov. Leon. 105. l. 9. 10 D. de extraord. crim. (47. 11). l. 3 §. 2 D. de term. mot. (47. 21). l. 7 §. 3 D. de leg. Jul. repet. (48. 11). vgl. Cic. de off. I. 25. in Pison. 19. Liv. X. 40. Tac. Annal. III, 69.

5) L. 6 i. f. D. de cust. reor. (48. 3). l. 1 §. 1 D. de J. et J. (1. 1). l. 20 C. i. f. de furt. (6. 2). l. 14 C. de poen. (9. 47). Nov. 17. c. 5. — L. 6 §. 1. l. 16 §. 10. l. 28 §. 15. l. 38 §. 5 D. de poen. (48. 19). §. 8 J. i. f. de obl. quae ex del. (IV. 1). l. 3 §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 31 pr. D. depos. (16. 3). l. 6 §. 3 D. de R. M. (49. 16). l. 1 C. ad l. Jul. rep. (9. 27). l. un. pr. C. de raptu virg. (9. 13). Nov. 30. c. 11. vgl. die bald Einen, bald mehrere Strafzwecke (z. B. auch Selbsterhaltung der Gesellschaft, Abbüßung, Besserung 2c.) anführenden Aussprüche bei Cic. de off. I, 11. 25. III. 5. pro Rosc. Am. 24. 25. Sen. de ira I. 5. 6. 14—16. II. 31. de clem. I. 22. Gell. VI. 14. Ueber diese Aeußerungen s. Welcker S. 476 ff. Cropp l. c. p. 23 sq. Abegg Strafr.th. S. 98—105.

6) Verschiedene Ansichten s. z. B. bei Kleinschrod II. §. 53. Grolman §. 152. 163. u. a. Welcker S. 553 ff. Wächter I. §. 29. n. 77. Jarcke I. 21 ff. Luden I. 76 ff.

7) In höchster Einseitigkeit sucht das Gegentheil auszuführen Abegg Strafr.-theorie S. 114 ff.

8) s. die Stellen bei Wilda S. 490 und bei Jarcke I. 21—23. n. 2. 3.

9) s. auch Henke I. §. 13. Luden I. 68.

nicht bloß Läsion des Einzelnen, sondern Bruch der Rechtsordnung überhaupt (des Friedens) und daher absolut nicht zu duldendes Unrecht sei (Friedlosigkeit des Verbrechers), schon dem heidnischen und republikanischen germanischen Rechte zu Grunde [1]). Andrerseits diente gerade der Uebergang des Gemeindefriedens in den Königsfrieden dazu, das Verbrechen als eine Beleidigung des Königs selbst, hiemit die Strafe als ein Recht erscheinen zu lassen, das er ausüben oder mit Geld und Gut ablösen lassen könne [2]), — von dem überwiegenden, aus herrschaftlichem Züchtigungsrecht entsprungenen Theile des öffentlichen Strafrechts ganz abgesehen [3]). In der That gehört denn auch große Befangenheit dazu, in dem öffentlichen Strafrechte, wie es in den Kapitularien (theilweise auch in den Volksrechten) [4]) und in dem Reichsfriedensrechte des MAs hervortritt, oder gar in den strafrechtlichen Bestimmungen der Lehns- und Dienstrechte, Stadt- und Landrechte des MAs, wozu man etwa auch noch das Faust- und Vehmrecht hinzunehmen kann, das reine Prinzip der gerechten Genugthuung (Vergeltung) ausgedrückt finden zu wollen. Alle im MA. von einer wahren Staatsgewalt (auch der bloß territorialen) ausgegangenen strafrechtlichen Normen zeigen allerdings das Bestreben, an die Stelle der Privatgenugthuung in der Strafe eine öffentliche zu setzen. Allein gerade diese oppositionelle Stellung gegen die dem Prinzip aller gesellschaftlichen Ordnung widerstrebenden Formen der Fehde und Komposition, das offenbare Bestreben, durch die Strafe nur überhaupt einen gesicherten gesellschaftlichen Zustand zu garantiren, führte nothwendig dazu, daß der politische Gesichtspunkt, die Sorge für das gemeine Wohl, das Interesse der Selbsterhaltung der Gesellschaft, der Sicherung und Abschreckung in den Vorgrund treten mußte [5]). Wenn nun die P.G.O. nebst den sie ergänzenden Reichs- und Landesstrafgesetzen entschieden als das unmittelbare Resultat dieser Bemühungen erscheint, so wäre es in der That höchst sonderbar, wenn nun in ihr auf einmal wie durch einen Zauberschlag der reine und volle, organisch ent-

---

1) Abegg S. 116 (vgl. Jarcke I. 21. n. 1) findet hierin wenigstens eine Ahnung des Gerechtigkeitsprinzips. An Halbheit leidet auch die Auffassung bei Luden Hdb. I. 62—66. vgl. Wilda S. 485 und sonst. Zöpfl RG. II, 1. §. 128 findet jenes Recht theokratisch und meint, es habe „ein verstecktes rohes Talionsprinzip" enthalten.

2) Mein Wendepunkt 2c. S. 166—169. vgl. Jarcke I. 24—29. Ueber die hieraus, wie aus der Vorstellung, daß die Könige Gott näher stehen, sich entwickelnde Willkühr der königlichen Strafgewalt s. die Stellen bei Wilda S. 492. 493.

3) s. z. B. L. Baj. VI, 1. §. 3. L. Wisig. VIII, 3, 14. Childeb. II. decr. a. 596 (P. I. p. 10) c. 8. vgl. meinen Art. in d. Zeitschr. f. deutsch. R. XIV. 367 ff.

4) Die Präventions- und Nothwehrtheorieen haben in jenen Rechtsquellen die Auswahl. s. z. B. L. Burg. 52. add. I. c. 16. §. 5. L. Baj. I. 6 §. 1. Cap. Aquisgr. 802. c. 25. 33 (P. I. p. 95). Cap. Caroli II. Silvac. 853. c. 7 (P. I. p. 425). Cap. Ludov. II. 850. c. 2 (P. I. p. 406). Aethelreds Ges. IV. c. 8. Die rohe Auffassung der Strafe als Rache s. bes. im westgoth. Ges., und Beispiele grausamen Wüthens eb. VI, 2, 1. L. Henr. I. c. 75 pr.

5) Daher ist denn auch, je nachdem einzelne gesellschaftliche Klassen dem Staatsprinzip schon sicher unterworfen, oder erst noch zu unterwerfen sind, das Strafrecht bald ein über alle Maßen strenges, bald ein über alle Maßen mildes. s. meinen Art. in der Zeitschr. für deutsch. Recht XII. S. 33 ff. vgl. Mittermaier §. 5. c. z. F.

wickelte Begriff des Strafrechts hervorgetreten sein sollte [1]). Wie in der Regel alle Strafgesetzgebungen, so spricht auch die P.G.O. als ihre Absicht aus, Gerechtigkeit zu pflegen [2]), ein gerechtes Maß für die Strafe herbeizuführen [3]); und, daß sie hiebei ohne Zweifel das (noch ziemlich roh aufgefaßte) Prinzip der Wiedervergeltung im Auge hat, zeigen die sog. Talionsstrafen, die sie mehrfach vorschreibt [4]). Daneben gesteht sie jedoch offenherzig genug nicht sel tenselbst ein, daß sie das Maß entweder nicht erfülle oder überschreite um eines besonderen Zwecks (Besserung, Abschreckung) willen [5]), und dasselbe thut sie auch nicht selten, ohne es gerade heraus zu sagen, was auch bei gehöriger Berücksichtigung des rohen Bildungsstandes ihrer Zeit nicht in Abrede gezogen werden kann [6]), wie sich denn auch ohne dies die zugegebene maßlose Verwilderung der deutschen Strafrechtspflege im 17ten u. 18ten Jh., wo „das Recht dem Prinzip der Sicherung und Abschreckung geopfert wurde" [7]), nicht genügend erklären läßt.

3) Eine bewußte Tendenz, von einer philosophisch vermittelten Basis hinsichtlich des Begriffs, Prinzips und der Zwecke der Strafe auszugehen, findet sich erst in den neueren Strafgesetzgebungen. Hierher gehören indessen noch nicht der Cod. Maxim. und die Theresiana [8]), sondern die Reihe beginnt erst mit der Gesetzgebung Joseps II. für Oestreich 1787, 1788, an welche sich zunächst das Oestr. GB. v. 1803, das preuß. LR. v. 1794 und eine Reihe von Entwürfen (vgl. das GB. für Toskana v. 1786) anschließen [9]). Die genannten legislativen Arbeiten fallen unter die Herrschaft der (als Ausläufer des von Grotius eingeführten Naturrechts erscheinenden) Wolffischen Philosophie [10])

---

1) Henke I. §. 16. n. 8 meint, die P.G.O. habe sich in dem fraglichen Punkt einfach an das römische Recht angeschlossen, was gleichfalls nicht richtig ist, wie schon die bedeutende Modifikation des Schuldbegriffs, ferner die dem röm. Recht (s. zwar l. 28 §. 12 D. de poen. (48. 19). l. 10 C. de calumniat. (9. 46). Cic. de legib. III, 20) jedenfalls in derselben Ausdehnung fremde Anwendung des sinnlich aufgefaßten Taliongedankens zeigt.

2) s. die Vorrede und Art. 1. 104. 204. 219 a. E.

3) Art. 104. 109. 112. 113. 115. 119. 127. 132. 134. 136. 150. 160. 169. 180. 214.

4) Art. 107. 108. 110. 125. 180.

5) Art. 104. 130. 131. 137—142 a. E. 158 a. E.

6) s. z. B. Art. 124. 159. 160. 162. — 108. 176. 195. — 111—113. — 118. 128. Mehrere treffende Bemerkungen s. bei Roßhirt Entw. S. 448 ff., der jedoch das deutsche Bußsystem verkennt und irrig dem römischen Privatstrafrecht an die Seite stellt.

7) Abegg Strafr.theor. S. 138. vgl. die L.G.O. f. Oestr. unter d. Ens 1656 (Wächter Gem. R. Deutschl. S. 158. n. 195) und die preuß. Strafges. aus dem 18. Jahrh. bei Abegg Gesch. d. StrafGes.gebung d. Brandenb. Lande S. 131 f. vgl. Wächter a. a. O. S. 147. 148. Hudtwalker im N. Arch. VI. 419. Braunschw. VOen b. Mittermaier Fortbildung I. 7. n. 1. 2. Kurhess. b. Möller S. 85—90. Schlüter tabell. Zus.stellung in Bülow und Hagemann Erörterungen I. nr. 13.

8) s. meinen Art. in Arndt's Germania I. 696. 697. Henke I. 129 und Gesch. II. 407. 415. 416. vgl. die Beisp. aus d. hess. Gesetzgebung seit dem 16. Jahrh. bei Möller S. 83 ff.

9) Henke Gesch. II. 407 ff. Hdb. I. 130 ff. Abegg Strafrechtstheor. S. 140 ff. und nach diesem Hepp Darstellung. Einl. S. XXVII. XXVIII. vgl. dag. meinen Art. in der Germania I. 697. II. 582. 583.

10) Ueber die Auffassung des Wesens der Strafe bei Grotius und seinen Nachfolgern s. §. 123. Anm. 1. vgl. Feuerbach Rev. I. 76. 89 ff. Martin §. 8.

und der durch sie bestimmten Aufklärungsperiode. Bei mancher Verschiedenheit im Einzelnen stimmen sie überein in der philosophischen Halbheit, da man bereits mit mehr oder weniger Einseitigkeit verschiedene besondere Zwecke durch die Strafe erreichen wollte, damit jedoch gegen ihre absolute Natur noch nicht Front machen wollte [1]), sowie in dem schwächlichen Durcheinanderfließen verschiedener Auffassungen des Staats, jetzt als eines auf Vertrag beruhenden Rechtssicherungsvereins, dann wieder als einer polizeilich vormundschaftlichen Beglückungsanstalt, woraus sich namentlich die Unfähigkeit, Verbrechen und Polizeivergehen scharf zu scheiden, und die verkehrte Auffassung einer Reihe von Verbrechen erklärt, und woher es kommt, daß bei allem anerkennenswerthen Streben nach Herstellung eines angemessenen Maßes zwischen Verbrechen und Strafe und nach Befriedigung der Forderungen der (freilich oft mißverstandenen) Humanität dennoch die Zwecke der Sicherung und Abschreckung sich sehr oft einseitig geltend machen, während die auf das Einzelwohl berechneten Zwecke, namentlich der Besserungszweck, gar nicht oder mindestens sehr spärlich bedacht sind [2]). Einen scharfen Kontrast gegen die prinzipielle Halbheit dieser Gesetzgebungen bildete sofort die bairische v. J. 1813, eine kecke Durchführung der Generalpräventionstheorie in Feuerbachs Sinn, einseitig allerdings wie diese Theorie selbst [3]), aber von höchster Bedeutung dadurch, daß hier dem Gedanken zuerst mit voller Entschiedenheit das Recht eingeräumt wurde, die Wirklichkeit zu bestimmen, hierin dem Code pénal [4]) innerlich verwandt. Eben dahin gehören noch zwei andre außerdeutsche Strafgesetzbücher, das von St. Gallen 1819 [5]), in welchem das Prinzip der Wiedervergeltung im Sinne der sog. analogen Talion, und das von Luisiana 1820 [6]), in welchem das Prinzip der Prävention (Generalprävention und Spezialprävention, die Besserung mit eingeschlossen, umfassend) durchzuführen gesucht wird [7]). — Die Reaktion gegen die Einseitigkeit des bairischen GBs charakterisirt die seit 1838 hervorgetretenen Gesetzgebungen [8]), welche einer wissenschaftlichen Uebergangsperiode angehören, indem sie grundsätzlich (zum Theil mit Koketterie) dem Eklektizismus huldigen. Das Richtige, was darin

---

1) s. bes. v. Zeiller Beitr. I. 71 ff. Materialien VIII. 388 ff. — In diese Klasse gehört auch der Kleinschrodische Entw. s. Feuerbach I. 55—66 und dagegen eine matte und schiefe Vertheidigung bei Hepp II, 2. S. 670 ff. s. dag. meinen Art. in der Germ. II. 576. 577.

2) Vom östreich. GB. giebt dies Abegg unumwunden zu, wogegen er das preuß. LR. auf Kosten des östr. GBs beschönigend zu heben sucht, aber freilich unter Einräumungen, die seine Partheilichkeit offen zu Tage legen. s. auch Hitzigs Zeitschr. H. 30. S. 224. H. 44. S. 248. und v. Arnim Bruchstücke rc. I. 135 ff.

3) In der Berathung im Staatsrath erlitt das GB. freilich mancherlei Modifikationen auf Kosten der Konsequenz. s. d. Anm. I. 34 ff. 44 ff. 65. vgl. Abegg Strafr.theor. S. 165—168. Hepp a. a. O. S. XXVIII—XXX. Mittermaier Fortbildung I. 18 ff. Meine Art. in d. Germ. I. 698. II. 583.

4) Hélie I. 19 sq., wo das System des Code als der Ausdruck der Ideen von Bentham bezeichnet wird, wogegen es nach Mittermaier Fortbildung I. 15 (u. nach Hepp) lediglich auf dem Abschreckungsprinzip beruhen soll!

5) Mittermaier im N. Arch. VI. 14 ff.

6) Spangenberg im N. Arch. VII. 69 ff.

7) Hierher gehören auch mehrere nicht zum Gesetz gewordene Entwürfe, wie der von Tittmann, v. Eggers, Weber rc.

8) s. meine Art. in d. Germ. I. 699. II. 583. 584. 589. N. Rev. S. 4—12.

liegt, ist die mehr und mehr wachsende Einsicht, daß der volle Begriff der Strafe sich nicht in dem einen oder andern der damit zu erreichenden Zwecke, sondern nur in deren Gesammtheit erschöpfe, welche Einsicht jedoch noch keineswegs zu einer organischen Erkenntniß der vollen Idee der Strafe geführt hat [1]). Daher schleppt diese Kodifikation noch ganz den Grundcharakter der relativen Theorie, und zwar meist vorherrschend den der Feuerbachischen nach [2]), und das vage Gerechtigkeitsprinzip, wovon dabei die Rede zu sein pflegt [3]), ist nur eine sehr oberflächliche Tünche, unterhalb welcher alle möglichen, nach Belieben einseitig zugelassenen Strafzwecke nach wie vor ihr Wesen treiben, und der praktische Vortheil besteht nur darin, daß eben vermöge des eklektischen Verfahrens nach und nach sämmtliche Zwecke zur Geltung gelangen und dadurch der organischen Durchbildung des Begriffs der Strafe wenigstens in äußerlicher Weise vorgearbeitet ist.

4) Aus allem Bisherigen ergeben sich als wichtige Hilfswissenschaften für das Strafrecht die Rechtsphilosophie [4]) überhaupt, namentlich die Strafrechtsphilosophie [5]) und die Kriminalpolitik [6]).

---

1) Am nächsten kommen der richtigen Einsicht die braunschweig. Motive.

2) Das neue preuß. GB. ersetzt dies durch sein (freilich vielfach modifizirtes) Sichanlehnen an den Code pénal. A. M. Goldtammer I. 77—80. Das revidirte östreichische hat zwar die ausdrückliche Bezugnahme auf den Präventionszweck fallen lassen, wovon Hye S. 43. 44 viel Rühmens macht, allein in der Sache selbst hat man es, abgesehen von einigen Milderungen in den Strafbestimmungen (Hye S. 15—17), beim Alten gelassen.

3) Abegg Strafr.theor. S. 169. 170. Mittermaier an verschiedenen Orten. Häberlin I. 13—16, der meint, die gedachten Gesetzgebungen hätten Hepps „bürgerliche Gerechtigkeitstheorie" angenommen (!), wogegen Hepp a. a. O. S. XXXI ff. auch sie als vom Abschreckungsprinzip („politisch-terroristisch-kasuistisch") angesteckt bejammert u. von dem allgemeinen Verderbniß nur das sächsische (!? s. dag. Schaffrath Grundwissensch. S. 174 ff.), braunschweigische und badische GB. in etwas ausnimmt, wofür dann mit empörender Ungerechtigkeit S. XXXV ff. II, 1. S. 364 ff. und in unzähligen Wiederholungen auf das wirtemb. GB. als ein ganz vom Geist der Abschreckung besessenes ein Uebermaß von Galle ausgeschüttet wird.

4) s. die Literatur in den Schriften über Rechtsphilos.

5) s. außer den ob. angef. Werken von Zachariä, Schulze, Feuerbach, Grolman, Welker, Richter, Trummer u. A. noch Engelhard Vers. eines allg. peinl. R. 1756. Stübel System des allg. peinl. R. 1795. Bergk Philos. d. peinl. R. 1802. Bauer Grundl. des philos. Krim.R. 1825. ferner außer den o. a. Werken von Hobbes, Rousseau, Romagnosi, Rossi, Carmigniani, Bentham u. A. noch Nani principi di giurisprudenza crim. 1822. Raffaele nomotesia pen. 1824. Laurea esposizione delle leggi pen. 1825. Niccollini quist. di diritto ꝛc. 1836—38. Ulloa delle vicissitudini ꝛc. del. diritto pen. 1837. — Ueber Cousin, de Broglie, Guizot, Lerminier, Lucas, Poli, Baroli, Boncompagni, Mamiani, Mancini, Rosmini s. N. Rev. S. 823 ff.

6) s. außer der Mehrzahl der in der vor. Note Cit. und den schon o. a. Werken von Beccaria, Filangieri ꝛc. noch Servin de la legisl. crim. 1782. Brissot de Warville théorie des loix crim. 1781. Pastoret les loix. pén. 1790. — v. Soden Geist d. deutsch. Krim.gesetze. v. Globig und Huster Abh. v. d. Krim.ges.gebung, — u. vier Zugaben ꝛc. Wieland Geist d. peinl. Rechts. Dazu die mehrfach o. a. Schriften von Gmelin, Tafinger, Kleinschrod, Oersted, Escher u. A., ferner die vielen Entwürfe zu neuen Strafgesetzbüchern seit dem Anfang des Jahrh. und die darüber erschienenen Beurtheilungen, die Werke von Mittermaier üb. d. neuesten Zustand der Strafgesetzgebung, — und die Strafges.gebung in ihrer Fortbildung.

§. 124.

Da das Verbrechen nur nach Art und Größe besondert zur Wirklichkeit kommt (§. 9. 31), so muß auch die Strafe, da sie (§. 118) dem Maße des Verbrechens entsprechen soll, in verschiedene Arten zerfallen und zugleich quantitativer Abstufung fähig sein. Ihrem Begriff gemäß (§. 116—118) ist ihr einzig möglicher Gegenstand der Wille des Verbrechers. Die Verschiedenheit der Strafarten muß daher der Verschiedenheit der Aeußerungsweisen des Willens entsprechen, und sie müssen — die Eine ausgenommen, welche den der Art und Größe nach schwersten Verbrechen entsprechen soll — theilbar sein. Keine Strafart darf ferner den mit dem Prinzip der vergeltenden Genugthuung vereinbaren, auf das Gemein- und Einzelwohl gerichteten Zwecken widersprechen, und es müssen für die Fälle, in welchen solche Zwecke als selbständig bestimmend hervorzutreten haben, die betreffenden Strafarten auch so eingerichtet sein, daß durch die Vollziehungsweise jene Zwecke wirklich befriedigt werden (§. 122). Da endlich die Möglichkeit einer ungerechten Verurtheilung niemals ausgeschlossen ist, so darf keine Strafart so beschaffen sein, daß die Möglichkeit einer Ersetzung des ungerecht zugefügten Willenszwangs schlechthin ausgeschlossen wird.

Die meisten Lehrbücher begnügen sich mit der Aufzählung der positivrechtlichen Strafarten [1]). Einige haben dagegen allerdings das Verdienst, sich damit nicht zu begnügen, sei es auch nur indem sie das positive Recht mit einer kriminalpolitischen Kritik begleiten [2]), während Andre dazu fortgehen, aus dem Begriff und Prinzip der Strafe an sich Folgerungen über die Zulässigkeit der einzelnen möglichen Strafarten abzuleiten [3]). Unzweifelhaft ist allerdings das Kapitel von den Strafmitteln dasjenige Feld, auf welchem sich am allermeisten die Positivität, der sittliche und intellektuelle Kulturstand des Volks, die nationalen Vorstellungen vom Werthe der irdischen Güter, von dem Maße ihrer Unterwerfung unter die Staatsgewalt, und Andres dgl. geltend macht [4]). Allein dadurch wird die Wahrheit nicht ausgeschlossen, daß sich aus dem Begriff und Prinzip der Strafe selbst Folgerungen über die Zulässigkeit der Strafmittel ergeben, die zum Bewußtsein gebracht werden müssen, wenn nicht die Kenntniß des positiven Rechts in dieser Materie zum vernunftlosen Gedächtnißwissen werden soll. Ja es ist die

---

1) s. z. B. Feuerbach, Wächter, Jarcke, Martin und die Aelteren fast durchaus.

2) so z. B. Kleinschrod III. §. 4 ff. Henke I. §. 65 ff. Abegg §. 120 ff. Jarcke I. §. 40 ff. Heffter §. 115—118. Marezoll S. 136—140. Roßhirt Entw. S. 432 ff. (Barocke Aphorismen mit gesuchter Prinziplosigkeit, denen aber oft sehr treffende Bemerkungen eingemischt sind.)

3) s. bes. Grolman §. 60—75 ferner (freilich sehr oberflächlich) Bauer §. 106. vgl. Rossi III. c. 5 sq. Um so häufiger geschieht dies in fast allen o. a. Werken über Strafrechtsphilos. und Kriminalpolitik.

4) Heffter §. 116. Abegg §. 120 Anm. Roßhirt Entw. S. 440.

trockene Berufung auf die positive Rechtmäßigkeit hier um so übler angebracht, da nur das klare Bewußtsein jener Grundsätze den sicheren Faden durch das Labirinth der Geschichte bildet und nicht bloß erkennen läßt, wie weit man bis jetzt von äußerster Barbarei zur Humanität fortgeschritten ist, sondern auch zeigt, welche Schritte noch weiter zu thun übrig sind. Die Zugrundlegung der Natur der Sache [1]) ist überdies jetzt zur unabweisbaren Nothwendigkeit geworden, da dasjenige, was bisher (und schon bisher mit zweifelhaftem Rechte) in dieser Lehre als praktisches gemeines Recht vorgetragen wurde, auch den letzten scheinbaren Anspruch auf diesen Charakter verloren, vielmehr die betr. Lehre sich ganz in Partikularrecht zersplittert hat, woraus man zur Noth eine Art von deutschem jus gentium abstrahiren kann, ohne jedoch dadurch mehr als ein vages und jedenfalls praktisch ganz unfruchtbares Bild zu gewinnen.

§. 125.

Als zulässige Strafarten erscheinen hiernach I. **Vermögensstrafen**, welche — als nur ein mittelbares Medium der Willensthätigkeit treffend — nur für leichtere Verbrechen sich eignen, aber eben darum sowie deshalb nicht zur völligen Vermögensentziehung fortgehen dürfen, weil es ein Widerspruch wäre, dem Schuldigen die physische Existenz zu lassen, und ihm gleichwohl die Mittel dazu wegzunehmen; II. **Ehrenstrafen**, jedoch nur zeitliche, größere oder geringere Ehrenschmälerungen, weil in völliger Entziehung der Ehre ein unbefugtes Ueberschreiten des Rechtsgebiets läge und lebenslängliche Ehrenschmälerung, wenn nicht gegen die Idee der Persönlichkeit verstoßen werden soll, kein selbständiges Strafmittel bilden, sondern nur in Verbindung mit lebenslänglicher Absperrung von der menschlichen Gesellschaft ausgesprochen werden kann; III. **zeitliche Freiheitsstrafen**, und zwar 1) bloße Freiheitsentziehung ohne Entziehung von Ehrenrechten, — wesentlich geeignet für Verbrechen, die nur aus Fahrlässigkeit oder Indifferenz gegen die Rechtsordnung hervorgehen, aber auch für solche, die zwar aus Absicht entspringen, jedoch nur gegen ein geringeres Recht gerichtet sind, oder, wenn auch gegen ein bedeutenderes gerichtet, doch keine ehrlose oder gemeingefährliche Gesinnung verrathen; 2) Freiheitsstrafe neben Entziehung bestimmter Ehrenrechte — für dolose Verbrechen, die eine solche Gesinnung voraussetzen, und zwar a) ohne Anwendung vormundschaft-

---

1) Daß hiemit weder hier, noch in dieser ganzen Schrift ein „Rückfall in die **Feuerbachische** Methode, Philosophie und positives Recht zu verschmelzen" (s. **Wächter** I. S. 37. 38. **Roßhirt** Lb. §. 2), versucht wird, wäre nach der Ausführung in **meiner** N. **Rev.** S. 13—20 nicht mehr zu erinnern nöthig, wenn diese nicht von **Hepp** Darst. I. Einl. S. LIII ff. so grenzenlos mißverstanden worden wäre. s. übr. auch **Luden** Hdb. I. S. 3—6. **Mittermaier** n. 1. z. F. §. 2 und **meinen** Art. in Arndts Germania II. S. 392—427.

licher Zucht (Festungsstrafe, einfaches Arbeitshaus od. dgl.), wo es sich eben nur um einen gemeingefährlichen, aber moralisch nicht versunkenen Willen handelt; b) mit Anwendung solcher Zucht (Zuchthaus), wo der gemeingefährliche Wille zugleich als niederträchtiger, als der Wille eines ehrlosen, selbsteigener sittlicher Regeneration unfähigen Subjekts erscheint; 3) Freiheitsstrafe mit voller Ehrenschmälerung, jedoch ohne vormundschaftliche Zucht für dieselben Subjekte in Fällen, wo nur eine kürzere Freiheitsentziehung verdient ist, bei welcher ein Resultat der Pönitentiarbehandlung nicht zu hoffen steht; 4) Freiheitsentziehung ohne Ehrenschmälerung, aber mit vormundschaftlicher Zucht, — für jugendliche Verbrecher; 5) — als Nebenstrafen (polizeistrafrechtlicher Natur) Stellung des Inländers unter polizeiliche Aufsicht und Ausweisung des Ausländers nach erstandener Strafe eines schweren gemeingefährlichen Verbrechens. IV. Lebenslängliche Freiheitsstrafe, verbunden mit Infamie, für solche dolose Verbrechen, welche als absolute erscheinen, sofern sie das Unendliche im Leben des Einzelnen oder im Staate aufheben, daher auch eine absolute, d. h. die Totalität der Willensthätigkeit aufhebende Strafe verlangen [1]).

1) Dem vorliegenden Zwecke gemäß können hier nur Hauptpunkte berührt werden.

I. Gegen allgemeine Vermögenskonfiskation sind jetzt wohl alle Schriftsteller [2]), meist jedoch aus andern Gründen (weil die Strafe die unschuldige Familie treffe, oder, wenn die Succession zugelassen werde, illusorisch sei, weil der Staat sich als habsüchtig entwürdige, weil der Partheigeist dadurch genährt werde rc.) [3]). — Ebenso wenig zweifelt man jetzt andrerseits an der Zulässigkeit der Konfiskation einzelner Sachen, namentlich der durch das Verbrechen erworbenen oder zu Begehung des Verbrechens mißbrauchten [4]). Dagegen wird die Zulässigkeit der Geldstrafen, sowie der Einziehung einer Quote des Vermögens hie und da angefochten, — erstere deshalb, weil dadurch das Kapital des Nationalvermögens vermindert werde, weil sie auf Reiche und Arme ungleich wirken, weil sie den Staat eigennützig erscheinen lassen rc.; — letztere gleichfalls wegen der ungleichen Wirkung (welche nach Andern gerade durch sie beseitigt werden soll) [5])

---

1) vgl. Wirth Ethik II. 325—336. Grolman §. 60—75. Rossi III. c. 5 sq. Heffter §. 118. Ueber die Wichtigkeit dieser Lehre s. auch noch Mittermaier Fortbildung I. 181 ff. Beseler S. 82.

2) s. jedoch noch Globig und Huster vier Zugaben S. 153. Wieland Geist des peinl. rc. §. 325. Kleinschrod III. §. 57. (s. aber §. 58) u. selbst Heffter §. 118. n. 7.

3) Henke I. §. 72. Tittmann I. §. 70. Richter S. 284 (?). Abegg §. 134. Rossi und Duc de Broglie ib. cit. III. c. 12. Marezoll S. 139. n. 1.

4) s. indessen Henke I. 484. Abegg a. a. O.

5) Wieland §. 326. Filangieri IV. c. 32. Bentham th. des peines p. 340. Kleinschrod III. §. 58. Grolman §. 72. v. Globig rc. a. a. O. S. 153 ff. Henke I. 483.

und wegen der damit nothwendig werdenden Vexationen [1]). Indessen ist man doch wohl jetzt meist darüber einig, daß Geldstrafen in mäßigem Betrag für geringere Delikte nicht nur ein zulässiges, sondern sogar unentbehrliches Strafmittel bilden, vorausgesetzt nur, daß sie mit einem Maximum oder Minimum angedroht werden, innerhalb dessen die Vermögens- oder Einkommensverhältnisse des Schuldigen berücksichtigt werden können [2]). — Vermögensstrafen, die in der Entziehung oder Beschränkung gewisser einträglicher persönlicher Rechte liegen, werden unter II. berührt.

II. In keinem Punkt läßt auch das neueste Recht noch soviel zu wünschen übrig, als hinsichtlich der Ehrenstrafen. Fast allgemein ist man wohl neuerdings wenigstens darüber einverstanden, daß völlige Entziehung der bürgerlichen [3]) oder gar der allgemeinen Menschenehre dem Staate nicht zustehe, auch ganz abgesehen von der großen Gefahr eines Widerspruchs mit der öffentlichen Meinung, der gerade hier dem Staat am meisten zum Verderben ausschlägt [4]). Denn Entziehung der allgemeinen Menschenehre wäre ein nicht mehr bloß rechtliches Urtheil, Entziehung der allgemeinen bürgerlichen Ehre ist aber Entziehung der Rechtsfähigkeit überhaupt [5]) (bürgerlicher Tod) und daher ein krasser Widerspruch gegen den Begriff der Persönlichkeit, die doch das Urtheil bestehen läßt [6]). —

---

1) Oersted Grundreg. S. 373. 374. Rossi l. c.

2) s. Grolman §. 72 (freilich mit großer Restriktion), Oersted S. 372—376. Richter S. 282—284. Abegg a. a. O. (sehr unbestimmt) Heffter §. 118 (beide ziehen die Privatstrafen herein, von denen hier schlechthin nicht mehr die Rede sein sollte). Rossi l. c. Hepp Darst. II, 2. S. 798. Marezoll S. 139. Wirth a. a. O. S. 325. 326. Hélie I. p. 238 sq. Mittermaier n. z. F. §. 153. Lucas du syst. pénal. p. 304. Wächter Strafarten und Strafanstalten Wirt. S. 266. 267. Breidenbach I. 1. S. 363 und sämmtliche neuen Gbücher.

3) s. freilich noch Henke I. 480. 481 (vgl. aber §. 67. 69). Kleinschrod III. §. 82. Relativ auch Grolman §. 70 und wieder v. Jagemann N. Arch. 1838. S. 248 ff. 372 ff. (bes. S. 388 f. mit Berufung auf Hepp). s. dag. Anm. z. bair. GB. I. 105 (vgl. freilich Art. 9!). Richter S. 273. 274. Heffter §. 118. Abegg §. 132 (unbestimmt). Gegen den bürgerl. Tod s. Rechberg Betracht. üb. den Code Nap. S. 103 ff. Rossi III. c. 11. Boitard leçons sur le droit pén. p. 156 sq. Alauzet sur les peines p. 68. Hélie I. p. 188 sq. Mittermaier N. Arch. XII. 220 ff. (bes. Napoléon ib. cit.). Marezoll S. 139. Bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 1. vgl. übr. die Gutachten von Eichhorn und Bischoff b. Goldtammer I. 482—516.

4) v. Savigny Syst. II. 229 Note. Zu weit geht freilich Mittermaier Fortbildung I. 288. 289 und noch mehr v. Jagemann a. a. O. s. gegen diesen die Abfertigung bei Birnbaum im N. Arch. 1844. S. 157 ff. (der indessen gegen Beccaria ungerecht ist).

5) Freilich sind die Begriffe von Entziehung der allgemeinen bürgerlichen Ehre vielfach sehr unklar; s. z. B. Grolman §. 70. 158. Tittmann I. §. 69. Martin §. 88. 89. Henke a. a. O. Jarcke I. 278 ff. Reyscher Wirt. Pr.R. I. §. 180. 181. vgl. dag. Wächter I. §. 100. n. 24. 27. Hagemeister in Hugo Civ. Mag. III. nr. 8. Marezoll bürgerl. Ehre. Birnbaum a. a. O. Burchardi de infamia. Molitor de minuta existimat. Walter N. Arch. IV. 108 ff. Beseler Deutsch. Priv.R. I. § 60 ff. Roßhirt Entw. S. 475 ff.

6) s. auch Tittmann a. a. O. not. g. Dabei ist Persönlichkeit natürlich im philos. Sinn genommen. vgl. v. Savigny Syst. II. 32. 33. Ueber die Bedeutung des bürgerl. Todes im röm. Recht im Unterschiede von der unglücklichen Auffassung des franz. Rechts eb. S. 151 ff. Nicht ganz treffend ist der Grund, den Gerber

Ist nun aber auch die herrschende Ansicht ganz mit Recht dafür, daß überall nur von Schmälerungen der Ehre zur Strafe die Rede sein könne, so ist man doch weiterhin über mehrere der wichtigsten Punkte nicht im Reinen. a) Die Strafe kann immer nur in einer größeren oder geringeren Verminderung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit bestehen, da nur diese das angemessene Medium für den Staat bildet, um sein Urtheil über die Ehre eines Individuums auszudrücken. Dies sehen aber Viele nicht ein, sondern sprechen dem Staat ein moralisches Urtheil über die Ehre zu, welches Urtheil denn die Ehrenstrafen enthalten sollen, oder sie unterscheiden wohl gar Ehrenstrafen, die ein bloß politisches, und solche, die ein moralisches Urtheil enthalten sollen [1]. Diese falsche Meinung führt, da der Staat, wenn er sich einmal ein Urtheil über die moralische Verächtlichkeit anmaßt, diesem Urtheil auch einen in die Aeußerlichkeit fallenden Nachdruck zu geben trachten muß, geradenwegs zu der Anerkennung der barbarischen Strafmittel des Prangers, Schandpfahls, Brandmarkens, Anschlagens des Namens an den Galgen, unehrlichen Begräbnisses rc. [2]). b) Weiter ist darüber Streit, ob diese Strafen auf Lebenszeit verhängt werden dürfen? Diese Frage wird wohl von den Meisten bejaht [3]), die sich von den herkömmlichen Traditionen nicht loszumachen wissen. Sie ist jedoch, den im §. angef. Fall ausgenommen, zu verneinen, weil jedes Verbrechen stets nur eine bestimmte Handlung ist, worin sich nicht die ganze Subjektivität des Handelnden entäußert, während in der lebenslänglichen Aberkennung der Ehrenrechte ein Urtheil über die totale Unwürdigkeit des betreffenden Subjekts liegen würde. Zu einem solchen Urtheil hat der Staat zwar dann ein Recht, wenn das Verbrechen von solcher Tiefe ist, daß der Verbrecher absolute Ausschließung aus der Gesellschaft verdient, welchenfalls dasselbe eben in dieser Strafe von selbst enthalten ist [4]); aber auch eben nur in diesem Falle, da es in jedem andern widersprechend sein würde, den Thäter in der Ge-

---

Deutsch. Pr.R. §. 40. n. 2 gegen den bürg. Tod angiebt; überhaupt spricht er (vgl. §. 39) bald von Entziehung, bald von Schmälerung der bürgerl. Ehre.

1) s. z. B. Jarcke I. 282. Abegg §. 132 (freilich nicht ganz klar), bes. aber Hepp Darst. II, 2. S. 796—798. v. Jagemann a. a. O. — vgl. dag. Kleinschrod III. §. 82. Feuerbach §. 71. Grolman §. 70. Henke I. 475—481 (wiewohl diese zum Theil schiefe od. schwankende Behauptungen mit einmischen). Hefſter §. 118. Richter S. 274—276. Wächter Strafarten S. 186. 187. Rossi III. c. 10. 11. Birnbaum a. a. O. Beseler Komm. S. 103.

2) Dies verläugnet auch Jarcke a. a. O. gar nicht, während Abegg u. die Andern nichts davon wissen wollen. Jetzt sind diese Strafmittel wohl fast allgemein verworfen. s. Wächter Strafarten S. 213. Rossi III. c. 10. Hélie I. p. 177 sq. Alauzet sur les peines p. 62 sq. Mittermaier n. z. F. §. 152. Bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 4.

3) wenigstens stillschweigend; s. z. B. Henke I. §. 71. Grolman §. 70 (s. jedoch Abs. 3). Hefſter §. 118. Richter a. a. O. Abegg N. Arch. 1850. S. 182. Unentschieden läßt die Frage Birnbaum a. a. O. S. 186, dagegen wird sie entschieden bejaht von v. Wiek im N. Arch. 1851. S. 1—39, freilich nur infolge davon, daß auch hier die Ehre noch in einem Sinn aufgefaßt wird, in welchem sich der Staat mit ihr nichts zu schaffen machen darf (gleichwohl giebt der scharfsinnige Verfasser durch die Einräumungen, die er macht, sein Prinzip selbst preis. s. auch überh. seine Schrift üb. Ehrenstrafen u. Ehrenfolgen d. Verbr. u. Strafen. 1845); ebenso von allen neuen deutschen Gbüchern.

4) Dem Wesen nach richtig angedeutet von Grolman §. 70. Abs. 2. Tittmann I. §. 69, die aber freilich den bürgerlichen Tod meinen.

sellschaft zu lassen und ihn gleichwohl der Ausübung der bürgerlichen Rechte für gänzlich, d. h. bleibend unwürdig zu erklären [1]). Von selbst versteht sich indessen, daß nach Ablauf der Frist der Verurtheilte nicht sofort in die früher besessenen Ehrenrechte unmittelbar wieder eintritt, sondern nur die Fähigkeit erhält, sie wiederzuerwerben, daher ihm nur diejenigen unmittelbar wiederaufleben, welche aus der einfachen Unbescholtenheit folgen [2]). c) Freilich ist nun aber der Verminderung der Ehrenrechte überhaupt die Eigenschaft der Strafe bestritten worden; meist allerdings ohne gefährliche Folgerungen, da man nur darauf bedacht war, Angriffe abzuwehren, die gegen die Härte der Gesetzgebung erhoben wurden [3]). Man sagte zu diesem Behufe, die Ehrenschmälerung dürfe eigentlich nicht als Strafe oder Theil derselben, sondern nur als Nebenfolge [4]) der Strafe angesehen werden. Allein, soll dies mehr als Redensart sein, so folgt daraus, daß bei Bestimmung der gerechten Strafart und des gerechten Strafmaßes der Gesetzgeber und der Richter die sog. Ehrenfolge gar nicht in Berechnung zu nehmen hätten [5]) (ebensowenig, als den Schadensersatz oder sonstige privatrechtliche Folgen). Hiemit ist jedoch das Prinzip der Gerechtigkeit geradezu über den Haufen geworfen [6]). Denn, wenn doch zugestanden werden muß und wird, daß die betr. Rechtsverminderung vom Staat als Folge an die Begehung des Verbrechens geknüpft werde und geknüpft werden müsse, so ist es doch die äußerste Willkühr, ihr die Eigenschaft der Strafe abzusprechen [7]). Daß sie in andern Gesetzen außerhalb des Strafgesetzbuchs aufgeführt wird oder werden kann [8]), thut dabei lediglich nichts zur Sache. Durchaus schief ist aber die vermeintliche Analogie der privatrechtlichen Folgen [9]), da in Beziehung auf diese

---

1) Aus großentheils schiefen Gründen sind dieser Ansicht auch Hepp II, 2. S. 797 (jedoch nur hinsichtlich der von ihm sog. moralischen Ehrenstrafen) und v. Jagemann a. a. O. S. 385 ff. s. aber auch Schüler Beitr. z. Beurth. d. sächs. Entw. S. 17 ff. Breidenbach I. 2. S. 585. n. 2. Mittermaier Fortbildung I. 292 ff. N. Arch. 1851. S. 441. n. 50. Zeitliche Entziehung läßt wenigstens zu: Rossi III. c. 11, Heffter, Abegg, v. Kapff Bem. z. wirt. Entw. S. 29. Note u. A. Für Restitution Roßhirt Entw. S. 445 u. bes. Hufnagel II. 524—527. vgl. das preuß., wirt., resp. hess., bad. GB., bes. aber das wadtländ. GB. vgl. Hélie I. 203—205.

2) v. Wiek a. a. O. S. 39. j. 31. 32. v. Kapff Bem. z. Wirt. Entw. S. 49. 50. preuß. GB. § 22.

3) wie z. B. von Beidtel Unters. üb. einige Grundl. d. StrafGes.geb. S. 117—121.

4) als „moralische" Folge, sagt v. Jagemann a. a. O. vgl Mot. z. schlesw.-holst. Entw. S. 17. Mot. z. neuen bair. Entw. Art. 26. Mot. z. neuen sächs. Entw. Art. 34. — Thüring. GB. Art. 9.

5) s. v. Wiek a. a. O. S. 24. j. 9. 10, welcher treffend zeigt, daß die fragliche Bezeichnung nicht eben so harmlos ist, wie Mittermaier Fortbild. S. 285 meint.

6) Dies haben die römischen Juristen sehr gut eingesehen. s. l. 13 §. 7 D. de his qui not. (3. 2). l. 10 §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 4 C. ex quib. caus. inf. irr. (2. 12). vgl. Kleinschrod II. §. 129. Grolman §. 171. not. c. Wächter I. §. 112. n. 59.

7) Daher reden auch z. B. die bair. Mot. a. a. O. von einem pönalen Charakter bei den betr. Folgen, u. v. Wiek gesteht eine äußerliche Aehnlichkeit mit den übrigen Strafmitteln zu. — vgl. Birnbaum a. a. O. S. 162.

8) Daß dies übrigens fehlerhaft sei, behauptet auch v. Wiek S. 3—8. A. M. Zachariä N. Arch. 1853. S. 152.

9) Wenn v. Wiek S. 10 sagt, auch Ehrenfolgen treten ihrem Begriff nach

das Verbrechen nicht als Verbrechen in Berücksichtigung kommt, der Schadensersatz vielmehr einer ganz andern Sphäre angehört, als die Strafe. Würde jene Ansicht anerkannt, so fiele natürlich auch alles Maß für die Ehrenfolgen selbst weg [1]), ja es könnte der Staat auf den Grund der durch das Verbrechen bewährten sittlichen Unwürdigkeit hin sich noch beliebige weitere Maßnahmen gegen den Verbrecher erlauben und dem Vorwurf der Ueberschreitung des gerechten Maßes durch die Einrede begegnen, diese Zuthaten seien nur Nebenfolgen des Verbrechens, die er als Organ der öffentlichen Meinung (um des verscherzten öffentlichen Zutrauens willen) eintreten lasse. — Das andere Extrem liegt in der Verwerfung aller Ehrenstrafen, welche übrigens jetzt kaum mehr viele Vertheidiger haben wird [2]). — d) Der bestrittenste Punkt ist ferner, in welcher Form die für die Ehre nachtheilige Rechtsverminderung angedroht werden soll? Sie kann als selbständige Strafe aufgestellt, oder als stillschweigende Folge an die Begehung bestimmter Verbrechen geknüpft, oder mit bestimmten Strafarten verbunden werden. Von diesen Systemen ist das letzte, weil auf einer eingewurzelten Volksansicht beruhend, noch immer das herrschende, aber in seiner abstrakten Durchführung das verwerflichste [3]). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Unterschied zwischen entehrenden Freiheitsstrafen lediglich durch die Zeitdauer bestimmt wird, welchenfalls das entehrende Verbrechen die nichtentehrende Strafe treffen kann und umgekehrt [4]) (s. zu III.). Das zweite System hat vor diesem jedenfalls das voraus, daß der Eintritt der Rechtsverminderung nicht von dem jedenfalls sekundären Moment der (anderweitigen) Strafe, sondern von der Art des begangenen Verbrechens selbst abhängig gemacht, daher auch nicht abstrakt an die Verhängung einer anderweitigen Strafe gebunden wird. Letzteres halten freilich Manche für nothwendig oder wenigstens für zweckmäßig; jedoch mit Un-

---

nicht bloß infolge von Verbrechen ein, so verwechselt er hier, wie überhaupt, die Ehrenschmälerung, welche sittliche Unwürdigkeit in der öffentlichen oder Standesmeinung erfährt, mit der Rechtsverminderung, welche der Staat verhängt, außer welcher er nichts verhängen kann, und welche er nur infolge von Verbrechen verhängen kann. Offen zu Tage tritt die Begriffsverwirrung bei v. Jagemann, der die Ehrenfolgen geradezu als moralische Züchtigung bezeichnet.

1) Gleichwohl läßt v. Wiek Rehabilitation u. bloß zeitliche Ehrenschmälerung, sowie größere oder geringere Verminderung der Ehrenrechte zu.

2) s. Mittermaier im N. Arch. XII. 198. 1846. S. 138. 1851. S. 432. Fortbildung 2c. II. 35 f. 52 ff. Bentham théorie des peines I. 127. Hélie I. 94—99 (wo der richtige Begriff einer Ehrenstrafe fehlt). Hamburg. Entw. v. 1849. Ungar. Entw. (vgl. Mitterm. Fortb. II. 231—233!).

3) Hievon ist es nur nominell verschieden, wenn man zwischen Verbrechen u. Vergehen unterscheidet und dann von Verbrechens- und Vergehensstrafen die Ehrenfolge abhängig macht. — s. bes. Mittermaier Fortbildung 2c. I. 273—299 u. an vielen a. O. Köllner das Verhältniß der Strafgef.geb. z. Ehre d. Bürger. 1846. v. Wiek in d. o. a. Schrift üb. Ehrenstrafen u. Gutachten üb. d. Einführung eines GBs in Meklenb. I. 68 ff. Hepp d. Strafensystem d. wirt. Entw. Wächter Strafarten 2c. S. 247—250. v. Jagemann a. a. O. S. 265. 386 ff. (konfus). Dollmann krit. Ueberschau I. 152 ff. Hanin des conséquences des condamnations pénales 2c. 1848. Soliméne de la réf. du Code pén. p. 29. Petitti Esame della polem. sulla riforma d. carc. 1842.

4) so mehrere neueren Gesetzgebungen, worunter das wirt. Strafgb. 1824, und theilweise noch das StrafGB.

recht, falls man nur nicht eine gänzliche Ehrlosigkeit im Sinne hat [1]). Führt nun freilich dieses zweite System zu einer Bestimmung der entehrenden Verbrechen in Bausch und Bogen [2]), so leidet es an derselben ungehörigen Abstraktion, wie das zuvorgenannte. Wenn dagegen die Gesetzgebung die einzelnen Verbrechen und Verbrechensschattirungen hinsichtlich ihrer entehrenden oder nichtentehrenden Eigenschaft sorgfältig durchgeht, so fällt dieses System im Wesentlichen mit dem der selbständigen Ehrenstrafen zusammen [3]). Letzteres aber ist höchst zweckmäßig, ja für gewisse Fälle unentbehrlich: aa) für eine Reihe von sog. delicta propria, wo der Gerechtigkeit eben mit der Ehrenstrafe (Dienstentlassung oder dgl.) genügt ist [4]), bb) für an sich entehrende Verbrechen, bei denen noch eine weitere Strafe verdient ist, aber nur eine geringerer Art [5]). — e) Welchen Inhalt nun endlich die Ehrenstrafen haben sollen, ist gleichfalls sehr streitig [6]). Daß hier von irgendwelcher moralischen Ehrloserklärung nicht die Rede sein könne, wurde bereits gezeigt. Nicht einmal die gesammte bürgerliche Ehre darf entzogen werden (s. o.). Dagegen ist soviel klar, daß, wenn irgend eine Entziehung unter dem fraglichen Titel gerechtfertigt, ja schlechthin nothwendig erscheint, dies die Entziehung der Amtsrechte ist [7]). Zweifelhafter könnte es sein, ob den Amtsrechten auch solche öffentlichen Berechtigungen gleichgestellt werden dürfen, welche nur infolge einer förmlichen Verpflichtung durch die Staatsbehörde ausgeübt werden können (wie Advokatur, Notariat, ärztliche Praxis rc.)? Die gleiche Frage erhebt sich in Beziehung auf Gewerbekonzessionen [8]). Die Frage wird theilweise absolut bejaht, theilweise absolut verneint [9]); — beides mit Unrecht. Bei den Gewerberechten, denen gar wohl die Berechtigungen der Apotheker, Mäkler, Sensale, Boten, Architekten rc. beigezählt werden dürften [10]), ist es einleuchtend, daß ihre Ent-

---

1) So z. B. Kleinschrod III. §. 74. 75; vgl. aber §. 77—81. Die Meisten lassen dagegen die Ehrenschmälerung auch ohne eine Nebenstrafe zu. s. indessen auch Heffter §. 118. v. Jagemann a. a. O. S. 398.

2) Wie im römischen Recht.

3) Denn, daß im einen Fall die Ehrenschmälerung sofort mit der Verurtheilung selbst eintritt, im andern ausdrücklich darauf erkannt werden muß, ist ein bloßer Formunterschied.

4) Henke I. 481. Wenn die zeitliche Unfähigkeit zu Bekleidung öffentlicher Aemter nach preuß. GB. §. 25 nicht zu den Ehrenstrafen gerechnet wird (Beseler S. 133), so ist dies ein wunderlicher Euphemismus. s. bes. das norweg. GB. u. die poenae propriae für Beamte in mehreren deutschen Gbüchern z. B. wirt. GB. Art. 30. 31.

5) s. daher Code pén. art. 42. Preuß. GB. §. 21. 25. Wirt. GB. Art. 27. 28. Rein durchgeführt ist dieses System schon in der Theresiana Art. 10. vgl. bes. die preuß. Vhdl. bei Goldtammer I. 82—84.

6) v. Wiek üb. Ehrenstrafen rc. S. 111 ff. Daß es jedenfalls unrichtig ist, für alle Delikte das gleiche Maß von Ehrenstrafe anzuordnen, darüber s. Hélie I. 166. 167. 174. 175 u. Livingston ib. cit.

7) Dies giebt auch Mittermaier Fortbildung rc. S. 290 zu. vgl. Sauber ib. cit. v. Wiek N. Arch. 1851. S. 21. 22.

8) Diese werden nicht nur im braunschw. GB., wie v. Wiek sagt, sondern theilweise auch im wirtemb. den Ehrenrechten ähnlich behandelt, s. Hufnagel I. 62. Note. s. auch preuß. GB. §. 184. 202. 203 rc. rc.

9) s. z. B. v. Wiek N. Arch. 1851. S. 21. — Mittermaier a. a. O. S. 289. 290.

10) Wirt. GB. Art. 31. Braunschw. GB. §. 17. 248, 5. Hufnagel I. 60—62.

ziehung noch weit mehr den Charakter einer Vermögens-, als einer Ehrenstrafe hat, und zwar einer so empfindlichen Vermögensstrafe, daß darin der Ruin der ganzen bürgerlichen Existenz liegen kann. Gleichwohl kann die Entziehung (die nach dem o. Angef. nur eine zeitliche sein darf) nicht entbehrt werden, so oft das Verbrechen eben in einem verbrecherischen Mißbrauch des Gewerbs besteht [1]). Allein auch eben nur in diesen Fällen. Was nun die Advokatur, das Notariat und die ärztliche Praxis betrifft, so stehen diese Berechtigungen sozusagen in der Mitte zwischen dem öffentlichen Amt und dem Gewerbe. Dadurch rechtfertigt es sich, ihre Entziehung nicht auf jene Fälle zu beschränken, sondern für sie die Analogie des öffentlichen Amts eintreten zu lassen, d. h. auch im Falle gemeiner Verbrechen ihre Entziehung anzuordnen. Andrerseits sind sie jedoch auch den Gewerberechten analog, und es muß deshalb diese Entziehung sparsamer ausfallen, als bei den öffentlichen Aemtern, bei welchen die Betrachtung, daß in der Entziehung derselbe Nachtheil für die ökonomische Existenz liegen kann, durch die andere aufgewogen wird, daß vermöge des ganzen sittlichen Gehalts der Stellung im eigentlichen öffentlichen Dienste das Verbrechen des Beamten jedesmal ein intensiv tieferes ist, als bei dem, der nur mit Ermächtigung des Staats einen Beruf [2]) ausübt. Außer den genannten Berechtigungen werden als besondere Ehrenrechte genannt: Adel, Landstandschaft (bei ständischer Verfassung), Patronatrecht, Würden, Titel, Orden und andere Ehrenzeichen, und Innungsrechte [3]). Daß nun Landstandschaft und Patronatrecht hierher gehören, versteht sich von selbst, und dasselbe gilt von allen mit dem Adel verbundenen staatsrechtlichen Berechtigungen [4]). Aber den Adel selbst als Gegenstand der Entziehung zu behandeln, ist nicht gerechtfertigt, nicht aus dem oftgehörten Grunde, weil darin eine Sottise gegen den Bürgerstand läge [5]), sondern deshalb, weil die Standesehre des Adels an sich den Staat gar nichts angeht und es des Staates unwürdig ist, sich zum Organ des exklusiven Bewußtseins eines Standes herzugeben [6]). Eher läßt es sich vertheidigen, wenn die Innungsrechte zum Gegenstande der Ehrenschmälerung gemacht werden, da die Innung, wie alle Korporationen, in weit näherem Verhältnisse zum Staat steht, als der Stand, und

1) Dies giebt auch Mittermaier S. 290. n. 56 zu. s. auch Zachariä N. Arch. 1853. S. 408 ff.

2) Ohne die Durchführung im Einzelnen zu billigen, wird man zugestehen müssen, daß diese Gedanken dem wirt. Rechte zu Grunde liegen, und daß es daher hier, wie sonst, den hämischen Tadel Hepps und Andrer, die ihm nachgeschrieben haben (s. z. B. Mittermaier N. Arch. 1850. S. 353. 354), nicht verdient. — Mittermaier Fortbildung ꝛc. a. a. O. wirft bei dem fraglichen Punkte Alles durcheinander.

3) Wenn v. Wiek S. 21 auch die gemeindebürgerlichen aktiven und passiven Wahlrechte hierher stellt, so ist dies unrichtig, da sie bei der Wichtigkeit der Gemeinde-Verfassung für den allgemeinen Staatsorganismus nnd der Allgemeinheit des Gemeindebürgerrechts offenbar zu den gemeinen Ehrenrechten gehören.

4) s. das bad. GB. §. 17 u. das hess. Art. 22 (daß hier das Präsentationsrecht nicht genannt ist, widerspricht dem richtigen Prinzip des GBs).

5) s. dag. v. Marschall u. Trefurt b. Thilo S. 82. 83. Hye S. 406. Note.

6) Breidenbach I. 1. S. 406. 407. Mittermaier n. 7. z. F. §. 71 (ungenau) u. Fortbildung ꝛc. I. 284, wo ein Nebengrund geltend gemacht ist. Thüring. GB. Art. 9. Gerber Deutsch. Priv.R. §. 40. not. 11.

ihre Wirksamkeit Beziehung zum Gemeinwohl hat [1]). Daß Würden, Orden, Titel hierher gehören, ist nicht zu bezweifeln (doch ist damit nicht auch die Unfähigkeit, solche künftig zu erlangen oder wieder zu erlangen, zu verbinden) [2]). — Abgesehen von dem letzten Punkt, in welchem das Gesetz des öffentlichen Anstands maßgebend wird, ist das leitende Prinzip bei allen genannten besonderen Ehrenrechten dies, daß sie nur in soweit Gegenstand der Ehrenschmälerung werden können, als sie eine staatsrechtliche oder überhaupt eine Beziehung auf das Gemeinwohl haben. Dasselbe Prinzip wird denn auch hinsichtlich der gemeinen Ehrenrechte entscheidend. Es versteht sich daher von selbst, daß unter die Gegenstände der Rechtsverminderung gehören müssen: das Recht, die Nationalkokarde zu tragen, die staats- und gemeindebürgerlichen aktiven und passiven Wahlrechte [3]), die Fähigkeit, Geschworner zu sein, das Recht, Waffen zu tragen und in die Armee einzutreten [4]). Zweifelhafter ist die Frage hinsichtlich der Fähigkeit, Vormund, Kurator, Instrumentszeuge zu sein und Andere vor Gericht zu vertreten. Indessen sprechen überwiegende Gründe dafür, sie zu bejahen, sofern es sich nicht um die eigene Ehefrau und die Kinder handelt [5]). Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn auch die Fähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht eidlich vernommen zu werden, unbedingt [6]) hierher gestellt wird [7]), da die Zeugnißabgabe ebensowohl Pflicht als Recht ist und nicht wohl als Ehrenrecht prädizirt werden kann, dem Richter aber immer überlassen bleibt, welchen Werth er einer solchen Aussage beilegen will. f) Die eigentlich beschimpfenden Ehrenstrafen sind in diesem Jahrh. außer Kredit gekommen [8]); dagegen haben die sogen. beschämenden (einfache öffentliche Ausstellung (?), Widerruf, Abbitte,

---

1) s. z. B. das wirt., hannövr. und braunschw. GB. Beseler S. 111. 112. vgl. R.P.O. 1577. Tit. 38. §. 4. s. indessen Breidenbach I. 1. S. 410.

2) Dies thut das preuß. GB. §. 22. vgl. dag. das östr. (1852) §. 26. nr. 1. 2.

3) Viel zu lax ist hier wieder Mittermaier N. Arch. 1839. S. 564—574. Fortbildung I. 290. 291. vgl. dag. Birnbaum N. Arch. 1844. S. 188. n. 60.

4) Dies (preuß. GB. §. 12) liegt wohl weit näher, als die Ausschließung von der Redaktion periodischer Druckschriften (östr. GB. §. 26).

5) Beseler S. 108. vgl. Kraut Vormundschaft I. 60. Auch die Beschränkung der selbständigen Vermögensverwaltung liegt in der Natur längerer Freiheitsstrafen vgl. preuß. GB. §. 11, Code p. art. 29—31. Beseler S. 101. 102. Dagegen ist es ungerecht, damit auch die Unfähigkeit zur Verfügung auf den Todesfall zu verbinden, wie das östr. GB. §. 27 (allgemein beim schweren Kerker) und noch das bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 2 (Kettenstrafe), das preuß. nur in einem Fall. §. 73. ebenso bair. Ent. Art. 30. vgl. Goldtammer I. 101.

6) Für einzelne Fälle, z. B. wenn Jemand eben wegen Meineids verurtheilt wird, ist es allerdings am Platze.

7) so z. B. im preuß. GB. §. 12. 21. vgl. dag. Theres. art. 10. §. 7. vgl. 12. Oldenb. Nov. 1821. Wirt. Ges. über die privatrechtl. Folgen Art. 4. Mittermaier N. Arch. 1851. S. 442. 443. und in v. Zurheins Jahrb. d. Proz. I, 2. S. 204 ff. und sonst. vgl. Beseler S. 109. Gerber Deutsch. Priv.R. §. 40. Bentham th. de peines p. 140. Hélie I. 168—171. Dollmann in d. krit. Ueberschau I. 154. 155.

8) s. indessen z. B. noch Kleinschrod III. §. 81. (vgl. jed. §. 75) u. mehrere Gbücher, wie den Code pén., das Oestr. v. 1803 ꝛc. s. jedoch Hélie I. 177 sq. Rossi III. c. 10. Alauzet Essai sur les peines. p. 62. Hye S. 389 ff. Bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 4. Goldtammer I. 105.

Ehrenerklärung, Kirchenbuße (?) ıc.) sich theilweise noch in der neueren Doktrin und Gesetzgebung Freunde bewahrt [1]). Höchstens etwa der gerichtliche Verweis [2]) und die öffentliche Bekanntmachung des Straferkenntnisses [3]) empfehlen sich jedoch zur Beibehaltung.

III. Der vorzügliche Werth der zeitlichen Freiheitsstrafen ist allgemein anerkannt, ja nicht selten überschätzt [4]). Weniger einig ist man über die Art und Weise ihrer Einrichtung, die noch in den drei ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts ziemlich im Argen lag, vordem aber freilich ganz trostlos gewesen war [5]). Man sieht zwar immer mehr ein, daß das System des reinen Aneinandergrenzens intensiv verschiedener Strafarten, resp. eines nur kümmerlichen Ineinandergreifens nichts taugt [6]). Eine Verschiedenheit der Intensität bei den Arten der Freiheitsstrafe kann nämlich nicht entbehrt werden, da die Verschiedenheit der Dauer allein den großen Varietäten des Schuldgrads um so weniger genügen würde, je mehr eben die Freiheitsstrafen das ohne allen Vergleich am häufigsten zur Anwendung kommende Strafmittel bilden [7]). Als Mittel, eine größere Intensität hervorzubringen, verdammt nun der Geist unserer Zeit Ketten, eiserne Kugeln und Ringe u. dgl. [8]). Es bleiben daher nur übrig: die ausgezeichnete Kleidung, die Zulässigkeit gewisser Schärfungen, die geringere Kost, die strengere Behandlung überhaupt, und insbesondere der Zwang zur Arbeit. Nach altherkömmlicher, sehr berechtigter Volksansicht galt aber gerade vornämlich das letztgenannte Moment (da der Stock den Zuchtmeister machte) für ein Kriterium des ehrenschmälernden Charakters einer Freiheitsstrafe [9]). Es lag daher nahe genug für neue Gesetzgebungen, gerade die Zwangsarbeitsstrafen gesetzlich zu infamirenden zu machen und dadurch am intensivsten von der einfachen Einsperrung zu unterscheiden [10]). Indem man nun aber die nicht entehrende Strafart von geringer Dauer nur eben

1) s. z. B. Grolman §. 71. Kleinschrod III. §. 77—80. Abegg S. 415. Heffter §. 118. Hepp Strafensystem S. 64. Bair. GB. Art. 22. dag. s. Arnold N. Arch. 1843. S. 278. 279. Mittermaier n. z. F. §. 152. Bair. Ges. 12. Mai 1848. Art. 6, 1.

2) s. indessen Arnold a. a. O. S. 279. Breidenbach I. 1. S. 471—473. Goldtammer I. 108.

3) bei der Oeffentlichkeit des Verfahrens unpraktisch.

4) s. z. B. Hélie I. 138. 139 und Mittermaier an vielen Orten.

5) s. Wächter Wirt. Strafarten und Strafanstalten und die vielen Aufsätze von Mittermaier im N. Arch. über Fortschritte der Strafges.gebung, über Gefängnißwesen u. s. f.

6) s. z. B. das östr. GB. (1803 u. noch 1852!), das wirt. Strafedikt v. 1824. — Das bair. GB. v. 1813 (und noch der neue Entwurf!).

7) v. Kapff Bem. z. Wirt. Entw. S. 24 ff.

8) s. freilich noch das bair., sächs., hann., braunschw. GB., ja sogar noch das östr. von 1852. §. 16 (vgl. aber 1803. §. 14), und den neuen bair. Entw. Art. 16 (vgl. sächs. Entw. Art. 12).

9) Wächter Strafarten S. 57. 58 (daher die euphemistische Bezeichnung: „Festungsstrafe mit angemessener Beschäftigung" im früheren wirt. Rechte). Ueber öffentliche Arbeiten s. bes. Kleinschrod Abh. I. nr. V. Quistorp Entw. I. §. 57. Knötzschker von Verdammung der Missethäter z. Bergarbeit. 1795. Heyner de damn. ad metalla 1794. Hübner üb. Anwendbark. d. Bergbaustrafe in D. 1796. vgl. Mittermaier n. 3. z. F. §. 149, wo mit Recht der Zwang hiezu nicht gebilligt wird.

10) s. bes. das bair. GB. und das wirt. Strafedikt.

an die infamirende angrenzen (resp. nur kümmerlich in sie eingreifen) ließ, so brachte man jenen krassen Mißstand hervor, der zu II, d) angeführt wurde [1]). Den einen Theil desselben (die Bestrafung des infamirenden Delikts mit der ehrlichen Strafe) hätte man beseitigen können, wenn man dem (oft ohne Noth geschmähten) Code p. art. 42 gefolgt wäre [2]). Der andere wäre dagegen nur dadurch zu beseitigen gewesen, daß man dem richterlichen Ermessen es anheim gegeben hätte, die Ehrenfolgen geeignetenfalls wegzulassen, — eine Auskunft, die man mit Recht nicht traf [3]), wenn man auch immer über das arbitrium früher zu schroff denken mochte. Um so gewisser war dann aber eben deshalb eine gründliche Abhilfe nöthig, wozu auch wirklich in den Gesetzbüchern seit 1838 einiger Anlauf genommen wurde [4]), aber freilich so schwach, daß es fast als kläglich erschien [5]). Es ist vielmehr durchaus nöthig, der ehrlichen Strafart ein hohes Maximum, der unehrlichen ein niederes Minimum zu geben [6]). Allein dies genügt selbst auf diesem Standpunkte nicht. Denn nicht alle Delikte, welche eine Ehrenstrafe verdienen, sind mit dem gleichen Maße von Ehrenschmälerung zu belegen (man denke namentlich an die sog. politischen Verbrechen, an die Amtsverbrechen ꝛc. im Gegensatze zu Diebstahl, Raub, Fälschung, Nothzucht, Mord ꝛc.). Es muß also jedenfalls noch eine dritte Strafart [7]) eingeschoben werden [8]). Aber eben nur behufs derjenigen Delikte, welche nicht die volle Ehrenstrafe verdienen [9]), wogegen es als völlig überflüssig erscheint, eine Mittelstrafart zu dem Behufe aufzustellen, um längere Freiheitsentziehungen ohne Ehrenschmälerung realisiren zu können [10]). Denn hiefür kann ja schon dadurch gesorgt werden, daß

---

1) s. bes. Wächter a. a. O. S. 143 ff.

2) Hélie I. 203—205. in d. Révue de législ. 1838. p. 49. In Baiern geschah es indirekt durch die Verf.Urk. und das Gemeindeedikt.

3) Heffter im N. Arch. 1837. S. 333 ff. A. M. sind Mittermaier Fortbildung I. 294 ff. v. Jagemann a. a. O. u. A. vgl. Zachariä N. Arch. 1853. S. 149 f. (unbestimmt).

4) s. Mittermaier a. a. O. S. 36. 51. 280—283.

5) Es mögen sich die gesetzgebenden Praktiker, die so gern auf die Wissenschaft herabsehen, gelegentlich an ihre kaudinischen Engpässe erinnern lassen! vgl. die Abfertigung des bair. Ausschußber. b. Mittermaier N. Arch. 1851. S. 429—431.

6) Wadtländ. GB. 1843. Einverstanden Mittermaier Fortb. II. 54. s. aber 231 und wieder anders N. Arch. 1846. S. 138 ff. 1851. S. 432 ff.

7) so im Belg. Entw. 1849. Einverstanden Mittermaier N. Arch. 1851. S. 435—437 (vgl. aber 1846. S. 138 ff.). Ueber die Unzweckmäßigkeit der Verurtheilung solcher Uebertreter zum Zuchthaus vgl. Erachten für Meklenb. I. 69. Un mot sur les detentions polit. Gen. 1849. Sarwey Mon.schrift XVI, 2. Außerord. Lief. S. 9. 10.

8) Hier wie beim Gefängniß fällt denn nothwendig auch der direkte Arbeitszwang weg, wiewohl dafür gesorgt werden muß, daß nicht durch Müßiggang die Ordnung gestört wird. Wenn die Verwaltung hier für Arbeit sorgt, kann es nur in hilfspolizeilichem, nicht in vormundschaftspolizeilichem Sinne geschehen.

9) Daß damit nicht die Arbeitshaus-, Korrektionsstrafen u. dgl., die in der Zeitdauer zwischen Zuchthaus und Gefängniß eingeschoben werden und bei denen das geringere Maß der Ehrenschmälerung nicht auf die Qualität der damit bedrohten Delikte begründet ist (s. z. B. das wirt. GB., und relativ das hess., das freilich einen Fortschritt darstellt) — vertheidigt werden, ist klar. A. M. Abegg N. sächs. Jb. VIII. 13. s. dag. auch Dollmann a. a. O. S. 157.

10) so im preuß. GB. Einverst. Mittermaier N. Arch. 1846. S. 140. vgl. Goldtammer I. 93—96. Einen Mittelweg schlägt der bair. Ausschußber. vor.

die nichtentehrende Freiheitsstrafe überhaupt mit einem hohen Maximum versehen wird [1]). Ebensogut könnte jedenfalls noch eine weitere Strafart gefordert werden behufs derjenigen Delikte, welche, obwohl entehrend, doch nur eine kurze Freiheitsstrafe verdienen, was aber gleichfalls vermieden werden könnte, sobald man nur die entehrende Strafart mit dem möglichst niedrigen Minimum versähe [2]). Allein aus einem andern Grunde ist nun freilich außer der vorhin bezeichneten Mittelstrafart noch eine weitere Modifikation zu fordern. Die einfache Parallelisirung einer entehrenden und einer nicht entehrenden Freiheitsstrafart mit gleicher Zeitdauer von unten an hat nämlich einen Nachtheil, der mit einem andern bei den Freiheitsstrafen zu beachtenden wesentlichen Momente zusammenhängt, — mit der Klassifikation derselben nach der Behandlung der Sträflinge hinsichtlich der positiven Hervorkehrung des Züchtigungs- und Besserungszwecks [3]). Letztere darf (§. 122) nur bei solchen Verbrechern stattfinden, welche durch ihre That bewiesen haben, daß sie in den Stand der sittlichen Unmündigkeit zurückgesunken sind, was immer Verbrechen voraussetzt, die an sich schon längere Freiheitsstrafe erfordern, sowie auch der fragliche Zweck selbst eine längere Dauer der Freiheits-

1) Die 6 Jahre des bad. GBs, welche überdies vom ersten Tage über ein Jahr an im Arbeitshause abgesessen werden müssen, reichen hier freilich lang nicht zu.

2) Daher ist auch in dem Entw. f. Meklenburg, der Gefängniß und Festungshaft, Zuchthaus und Festungsstrafe parallel gehen läßt, ein Ueberfluß, der freilich auf einer aristokratischen Rücksicht beruht (s. Erachten, I. 67 f.). vgl. den hess. Entw. v. 1831.

3) Bérenger in den Mém. de l'acad. des sciences. IV. p. 573 sq. (1841). Michaud refl. sur les prisons. 1819. Cunningham notes ꝛc. 1820. Villermé des prisons ꝛc. 1820. Danjou des pris. 1821. Lucas du syst. pénitent. 1828. 30. Julius Vorlef. üb. Gefängnißkunde. 1828. Beaumont et Tocqueville du syst. pénitent. ꝛc. 1833. Marquet-Vasselot examen des théor. pénitent. 1835. Obermaier Anleitung z. Besserung d. Verbr. ꝛc. 1835. Crawford report on penitent. 1835. Lucas de la réf. des prisons. 1836—38. Volpicella delle prigioni. 1837. Moreau Christophe de la ref. d. prisons. 1838. Aubanel mém. sur le syst. pénit. 1837. Grellet manuel des prisons. 1838. 40. Ducpetiaux des progrès de la réf. pénit. 1838. Demetz et Blouet rapport sur les pénitent. ꝛc. 1837. Foucher sur la réf. des prisons. 1838. Moreau Christophe rapp. sur les pris. de l'Anglet ꝛc. 1839. Gleizes mém. sur la réf. des pris. 1840. Oskar üb. Strafe u. Strafanst. 1841. (Minutoli) d. neueren Straf- u. Besser.Syst. 1842. Hudtwalker Sendschreiben 1842. Allier Étud. sur le syst. pénit. 1842. Alauzet essai sur les peines et le syst. pénit. 1842. Morrichini degl' istituti di publ. carità. 1842. Petitti Esame della polem. sulla rif. d. carceri. 1842. v. Muyden le syst. pénit. 1842. Ristelhuber d. Straf- u. Besser.Anstalten. 1848. Hoorebeke étud. sur le syst. pénit. 1843. Tellkampf über die Besser.gefängn. in N.Amer. ꝛc. 1844. v. Würth d. neusten Fortschr. d. Gef.wesens ꝛc. 1844. Adshead prisons and prisoners. 1845. Lichtenberg d. Strafe d. Zuchthäuser. 1846. Verh. d. Versamml. üb. Gef.reform seit 1847 ꝛc. Mittermaier neust. Zustand d. Gef.einricht. in England 1850. und seine fortlaufenden Berichte u. Krit. im N. Arch. XI. XII. 1834 ff., in der rév. étrang. 1834 ff., in der krit. Ztschr. f. Rechtswiss. d. Ausl. ꝛc., n. 4 z. F. §. 149. Julius ꝛc. ꝛc. Jahrb. der Gef.kunde seit 1842. Peri sulla rif. del sist. penitent. 1848. Röder N. Arch. 1850. S. 412 ff. — Von älteren Schriften s. Howard üb. Gef. u. Zuchthäuser. 1780. Wächter üb. Zuchthäuser ꝛc. 1786. Wagnitz üb. Verbesser. d. Zuchth.gef. 1787. Gruner üb. Einr. öff. Sicherungsinstit. 1802. v. Arnim Bruchst. üb. Verbr. u. Strafen. 1803. Lotz Ideeen üb. öff. Arbeitshäuser. 1810. Hopfauer üb. d. Strafhäuser ꝛc. 1811.

strafe erfordert [1]). Wenn nun hieraus die Nothwendigkeit sich ergiebt, den Anfang der Dauer der Zuchthausstrafe erst später (keinenfalls unter einem Jahre) zu setzen, so fällt die Möglichkeit weg, die entehrende Strafart auch für solche Personen zu benützen, welche wegen entehrender Verbrechen doch nur eine kürzere Freiheitsstrafe verschuldet haben. Will man nun nicht diesen die Ehrenstrafe geradezu erlassen [2]), so muß man neben dem nichtentehrenden Gefängniß noch eine weitere Strafart von kürzerer Dauer (Zuchtpolizeihaus nennt sie das wirt. Ges. v. 13. Aug. 1849) schaffen, weil es der rechtlichen Bedeutung der nichtentehrenden Freiheitsstrafe und ihrer Geltung in der öffentlichen Meinung im höchsten Grade schadet, wenn sie zugleich für entehrende Verbrechen benützt wird [3]), und weil es überdies höchst verderblich ist, ehrlose Sträflinge mit solchen in Gesellschaft zu bringen, welche kein entehrendes Verbrechen begangen haben [4]). — Als Ergebniß dieser Betrachtungen erscheint die Nothwendigkeit verschiedener [5]) Strafanstalten mit verschiedenen Zwecken [6]) und verschiedenem rechtlichem Charakter [7]), — also nicht eine prinziplose Musterkarte, wie sie früher herkömmlich war und theilweise noch da besteht, wo Arbeitshaus oder Korrektionshaus zwischen Gefängniß und Zuchthaus bald als entehrende [8]), bald als nichtentehrende [9]) Strafart, beidemale ohne selbständigen Charakter eingeschoben ist, oder neben Zuchthaus noch Kettenstrafe [10]) vorkommt. Und zwar ist in Beziehung a) auf den Zweck eine Trennung insofern nothwendig, als Strafanstalten mit Pönitentiarbehandlung und andere für solche Sträflinge bestehen müssen, bei welchen eine solche Behandlung nicht möglich, resp. nicht zulässig ist. Was die ersteren betrifft, so ist auch bei ihnen wieder eine Scheidung zu machen. Es muß nämlich eine Korrektionsanstalt für jugendliche Verbrecher [11]) von der eigentlichen Póni-

---

1) Mittermaier N. Arch. 1846. S. 136—138. Naumann d. Strafr.theorie rc. S. 36 ff. Unklar Abegg N. sächs. JB. VIII. 14—16.

2) Diesen bequemen Ausweg nehmen z. B. das sächs., hannövr., bad. GB. s. zwar Thilo S. 75. 76. Allein der hier gebrauchte Ausweg ist zum mindesten nur eine Halbheit.

3) Dieser Uebelstand findet statt nach dem preuß. u. hess. GB. vgl. Goldtammer I. 104. 111. Das braunschw. vermeidet ihn sinnreich, indem es alle gerichtlichen Freiheitsstrafen als ehrenschmälernd auffaßt und bei geringen Diebstählen u. dgl. polizeiliche Ges.strafe anordnet.

4) v. Wiek üb. Ehrenstrafen S. 109 ff. 218 ff. Mittermaier N. Arch. 1846. S. 135—139. Fortbild. II. 54—56. 129.

5) Dies wurde namentlich früher in der ersten Begeisterung für das Besser.system gern geläugnet: s. z. B. Henke I. §. 69. Mittermaier d. Breidenb. I. 1. S. 287.

6) Dies forderte Mittermaier später N. Arch. 1839. S. 558 ff. 1846. S. 136—139.

7) Auch hiezu stimmt Mittermaier neuerdings bei N. Arch. 1851. S. 432 ff.

8) wie in Wirtemb., Hessen, Braunschweig, in den Thüring. Ländern (?).

9) wie in Sachsen, Hannover, Baden (vgl. Schwarze N. Arch. 1845. S. 53 f., der die Infamie beim Zuchthaus gar nicht in Anschlag bringt!).

10) wie in Hannover, Braunschweig. vgl. auch Erachten f. Meklenb. rc. I. 70 und die Vhdl. in Preußen b. Goldtammer I. 92. 93.

11) vgl. über die anerkennenswerthen Bestrebungen in Sachsen Weiß S. 265 ff. Note. Auch in Wirtemberg hat man dieses Bedürfniß zu befriedigen gesucht, und zwar mit vollständiger Scheidung vom Zuchthaus. vgl. preuß. GB. §. 43, 4. bad.

tentiaranstalt für Erwachsene [1]) getrennt bestehen. Beide Anstalten dienen zwar dem Zweck der Züchtigung und Besserung (innerhalb des durch die gerechte Wiedervergeltung gegebenen Strafmaßes); aber die Scheidung der physisch Unmündigen von den in Unmündigkeit zurückgesunkenen Erwachsenen ist schon um der Gefahr der Ansteckung willen, und die Gründung einer besondern Anstalt für erstere deshalb geboten, weil sie keine Ehrenstrafe erleiden (§. 51. Anm. 1) und darum auch nicht durch Unterbringung in der unehrlichen Anstalt einem Makel beim Publikum ausgesetzt werden dürfen, überdies aber die Verschiedenheit der Verhältnisse für sie auch eine innerhalb des allgemeinen Zwecks immer noch sehr von der Einwirkung auf erwachsene Zuchthaussträflinge verschiedene Behandlung bedingt [2]). Die Strafart für jugendliche Uebertreter ist auch in der Zeitdauer anders zu normiren, da sie einen weit früheren Anfangspunkt [3]) zuläßt und einen früheren Endpunkt verlangt. Ueber den Anfangspunkt der eigentlichen Zuchthausstrafe dagegen entscheidet die Beantwortung der Frage, welche Strafdauer zum Mindesten erforderlich sei, um auf Wirksamkeit der Pönitentiarbehandlung rechnen zu lassen [4]). Man wird richtiger handeln, wenn man das Minimum nicht zu niedrig setzt. Eben dadurch wird nun aber selbst für entehrende Verbrechen eine weitere Strafanstalt nöthig, — und dies führt zu dem zweiten der o. a. Punkte. b) Es ist schlechthin unzuläßig, in einer und derselben Anstalt Personen, die eine Ehrenstrafe erleiden, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, unterzubringen. Vor allem bedarf es daher für die Zeitdauer, die unter dem Anfangspunkte der Zuchthausstrafe liegt, einer doppelten Strafart, — Gefängniß und (um es kurz mit dem wirtemb. Ausdrucke zu bezeichnen) Zuchtpolizeihaus [5]). Und zwar noch aus dem weiteren Grunde, weil auch die Be-

---

§. 79 (diese Strafanstalten für jugendliche Verbrecher sind mit den im preuß. GB. §. 42 und sächs. Entw. §. 85 angef. Besserungsanstalten für krim. unzurechnungsfähige Uebertreter nicht zu verwechseln). Riecke üb. Strafanst. f. jugendl. Verbr. 1841. Mittermaier Jahrb. f. Gef.kunde II, 2. S. 289 ff. Gleiß in Falcks Archiv f. Gesch. II, 2. S. 283 ff. Ueber die Experimente in La Roquette s. Mittermaier N. Arch. 1843. S. 548 ff. Ueber die colonies agricoles eb. S. 554 ff. 1847. S. 287 ff. über Parkhurst eb. S. 11—13. üb. die generala bei Turin eb. S. 581—583.

1) Geradezu gegen solche Anstalten erklären sich die braunschw. Motive. s. Breym. S. 171. 172.

2) s. die in Sachsen treffend ausgesprochenen Grundsätze bei Weiß a. a. O. Man muß sich wundern, im neuen Entw. nichts darüber zu finden. s. im Gegentheil Art. 13!

3) Daß Strafen von ganz geringer Dauer nicht darin verbüßt werden, versteht sich von selbst wegen des Transports und seiner Kosten.

4) Früher nahm Mittermaier 2 Jahre als Minimum an, N. Arch. 1839. S. 559. später ein Jahr, eb. 1846. S. 137. vgl. Erachten f. Meklenb. I. 79. 80. Oskar S. 102.

5) Verschiedene Ansichten äußerte in dieser Beziehung Mittermaier N. Arch. 1839. S. 569. 574. Fortbildung I. 297. n. 70. N. Arch. 1846. S. 138. n. 8. 1851. S. 433. Es scheint, er könne sich überhaupt von der Ansicht nicht losmachen, daß das Pönitentiarsystem für alle zu längerer Freiheitsstrafe Verurtheilten angewandt werden dürfe oder müsse. vgl. auch dens. N. Arch. 1844. S. 136 ff. 1851. S. 434, wo er ebenso in der Isolirung eine Panacee sieht. Eben gegen solche wohlwollenden Selbsttäuschungen u. Uebertreibungen, die ungerecht werden, weil sie kein Maß kennen, vermögen nur Prinzipien zu schützen. s. ob. §. 122. n. 1. — s. auch Hufnagel III. 424. Goldtammer I. 104. und bes. Erachten f. Meklenb. I. 81.

handlung der Sträflinge beider Klassen eine intensiv verschiedene sein muß. Die Gefangenen des Zuchtpolizeihauses werden zwar nicht der hier nicht möglichen Pönitentiarbehandlung zu unterliegen haben, wohl aber dem Arbeitszwang und einer weit repressiveren Disziplin, als der des einfachen Gefängnisses [1]). Wird aber hierauf festgehalten, so erscheint es als durchaus überflüssig, dem Gefängnisse für Delinquenten höheren Standes oder höherer Bildungsstufe den sog. Festungsarrest parallel gehen zu lassen [2]). Diese aristokratischen Spielarten sind die Auswüchse, welche vor Allem verbannt werden sollten. — An der Scheidung zwischen Gefängniß und Zuchtpolizeihaus genügt es jedoch nicht. Denn es giebt noch eine große Klasse von Delikten, welche zu schwer sind, um durch einfache, wenn auch länger dauernde Freiheitsentziehung abgebüßt werden zu können, bei welchen es vielmehr in der Natur des Delikts liegt, daß Ehrenstrafen darauf erkannt werden müssen, nur freilich Strafen von geringerer Intensität, als die mit dem Zucht- und Zuchtpolizeihaus zu verbindenden [3]). In das Gefängniß können solche Uebertreter nicht gesetzt werden, wenn nicht dessen rechtliche Bedeutung leiden soll. Ebensowenig eignen sie sich aber zur Pönitentiarbehandlung, weil dieser bloß solche Subjekte unterworfen werden dürfen, die durch ihre That nicht nur einen gemeingefährlichen Willen, sondern zugleich eine solche ehrlose Gesinnung gezeigt haben, daß sie als moralisch versunken, in den Stand der sittlichen Unmündigkeit zurückgefallen erscheinen. Die Bevormundung, welche in der Pönitentiarbehandlung liegt, auf andere Subjekte anzuwenden, wäre die höchste Ungerechtigkeit [4]). Es ist daher für die gedachte Klasse von Uebertretern noch

---

1) Mittermaier will gerade für die kürzere Strafzeit das Isolirsystem. N. Arch. 1843. S. 588. 1844. S. 138 und sonst. Er wird aber doch hier nicht alle Delinquenten, die weniger als ein Jahr Gefängniß verdienen, im Auge haben?

2) so auch noch im Meklenb. Entw. s. Erachten I. 67 ff. im bair. Entw. Art. 21. vgl. Wirt. GB. Art. 23. Hannövr. Art. 23. Sächs. Art. 13. (auch im neuen Entw. wiederholt; doch nimmt in Sachsen der Regent allein die Verantwortlichkeit für die Gewährung des Privilegiums auf sich). Bad. §. 52. Thüring. GB., wie in Sachsen. Das östreich., preuß., hess. und braunschw. GB. haben den Auswuchs nicht. (Uebrigens ist hier vorerst nur von dem Fest.arrest als Surrogat der nichtehrenden Gef. resp. Arbeitshausstrafe die Rede, bei welchem man in Wirt., wenn er nicht über 3 Mon. dauert, die charakteristische Bezeichnung: Festungsfreiheit braucht). vgl. die preuß. Vohl. v. Goldtammer I. 96—100.

3) Der Mangel einer hiefür berechneten Mittelstrafart (wie sie der belg. Entw. von 1849 hat) führt zu der großen Ungerechtigkeit, solche Uebertreter (namentlich bei politischen Verbrechen, schweren Verbrechen im Affekt, den meisten Amtsverbrechen, crimen vis 2c.) entweder frei an der Ehre ausgehen zu lassen, oder sie als ehrlose Subjekte ins Zuchthaus zu schicken. Nach den deutschen Gesetzgebungen erfolgt in der Regel das letztere. Wenn das preuß. GB. einige Ausnahmen macht, in welchen „Einschließung" eintreten soll, so ist dies wieder zu mild. Das bad. koordinirt die Festungsstrafe nur der (Gef. u.) Arbeitshausstrafe (bis zu 6 Jahren). Daß die wirt. Festungsstrafe und die hess. Korrektionsstrafe dem hier geltend gemachten Bedürfniß nicht entsprechen, ist klar. Berührt wenigstens ist der richtige Punkt im hannövr. GB. Art. 23.

4) Dieser Ungerechtigkeit reden die einseitigen Vertheidiger des Pönit.systems das Wort. Besonders Röder N. Arch. 1850. S. 412 sagt es geradezu heraus, daß jedes Delikt sittlich unmündig mache. Eine löbliche Offenheit, wobei freilich der auf Denkfolgerichtigkeit pochende Verf. gar nicht ahnt, daß er damit den Hauptgrundlagen seiner Deduktion, daß die Fähigkeit zur freien Selbstbestimmung, das Recht der Individualität und das Ehrgefühl geachtet werden müßten, schnurstracks widerspricht; —

eine weitere besondere Strafart von größerem Zeitumfang nöthig (Festungsstrafe od. dgl.). Endlich muß der einfachen Gefängnißstrafe ein weit höheres Maximum gegeben werden, als sie gewöhnlich in den deutschen Gesetzgebungen hat, weil es dringend geboten ist, mit den Ehrenstrafen so sparsam als möglich zu sein. — Dagegen erscheint es als verkehrt, um des nur auf beschränkte Weise zur Anwendung berufenen Pönitentiarsystems willen die Ehrenstrafen ganz zu opfern, während doch offenbar das Bewußtsein, daß man sich durch das Verbrechen eine Verminderung der bürgerlichen Ehrenrechte zugezogen habe, wesentlich mit ein Sporn zur Umkehr und zum Bestreben nach Wiedererlangung der vollen Rechtsfähigkeit sein muß. Oder wird denn etwa die Besserung, von der man mit so vieler Salbung spricht, nur als Mittel, den künftigen Broderwerb zu sichern, aufgefaßt? Oder — bildet man sich im Ernst ein, wenn der Staat die Ehrenstrafen aufhebe, so werde sofort auch die bürgerliche Gesellschaft den entlassenen Züchtling ohne alles Vorurtheil mit vollem Vertrauen wieder aufnehmen [1])? Uebrigens werden alle vom Besserungszweck entnommenen Einwendungen durch die Anerkennung, daß die Ehrenstrafen bloß zeitlich sein dürfen, hinlänglich beseitigt. Nur ist dies, wenn die Ehrenstrafe in Verbindung mit Freiheitsentziehung eintritt, nicht so zu verstehen, als müßte ihre Wirkung sofort mit der Entlassung aus der Strafanstalt ohne Weiteres aufhören [2]). Vielmehr muß von hier ab noch ein Probezeitraum festgesetzt sein, der erst ohne weiteres Verbrechen abgelaufen sein muß [3]), wenn das Aufhören der Wirkung der Ehrenstrafe aus-

---

davon gar nicht zu reden, daß bei einer so in Medizinalpraxis verkehrten Justiz die Gerechtigkeit ein leeres Wort wird, alles Maß der Strafe verschwindet und namentlich nicht einzusehen ist, wie die „verneinigen und bejahigen" Momente der Strafe auch bei kleinen Delikten in Anwendung gebracht werden sollen. — Von solcher äußersten Einseitigkeit, die sich zum Glück selten findet, ist namentlich der unermüdliche Wortführer des Systems in Deutschland, Mittermaier, frei. Er gehört auch noch zu den vermeintlichen Barbaren, welche vor Allem in der Strafe ein nach gerechtem Maße zu verhängendes Uebel sehen, die einseitige Verfolgung des Besserungszwecks verwerfen, vor unvernünftiger Sentimentalität warnen, und namentlich von der praktischen Rücksicht ausgehen, daß der Pönit.Zweck jedenfalls länger (über 2 Jahre, mindestens ein Jahr) dauernde Freiheitsstrafen voraussetze. Gleichwohl hat auch er in allen seinen vielfachen Erörterungen der Frage sich keineswegs den wesentlichen Punkt klar gemacht, daß in der Pönitentiarbehandlung eine Bevormundung liegt, welche nur da statthaft ist, wo die Voraussetzung gemacht werden darf, daß das Subjekt zur sittlichen Regeneration aus eigener Kraft nicht fähig sei — ein Punkt, auf den schon das Nachdenken über die angemessene Behandlung der jugendlichen Uebertreter hätte führen sollen! Bei solchen Anlässen rächt sich der Mangel an festen Prinzipien. s. ob. §. 122. n. 1. Daher auch der oftmalige Meinungswechsel über einzelne wichtige Fragen, z. B. N. Arch. 1847. S. 283. üb. d. neusten Zust. d. Gef.einr. in Engl. S. 84—87. u. s. f., der unbegründete Eifer gegen das Beibehalten aller und jeder Ehrenstrafen (s. dag. selbst Röder S. 444), desgleichen gegen jeden, der nicht hinsichtlich der bisherigen Freiheitsstrafensysteme unbedingt tabula rasa machen will, und andere solche Uebertreibungen, die man (trotz der so oft von ihm selbst gemachten Einräumungen) gläubig hinnehmen soll, wenn man nicht einer bloß oberflächlichen Einsicht in das Wesen des Pönit.systems beschuldigt werden will!

1) Die Erfahrung in England spricht anerkannter Maßen dagegen.

2) so Theres., aber eben darum auch nur sehr beschränkt. art. 10. §. 7—12. vgl. Moser d. Pönit.Anstalt von St. Jakob. 1850. S. 330 ff.

3) Ges. v. St. Gallen 24. Nov. 1838. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 18 (immer noch getadelt von Mittermaier N. Arch. 1850. S. 353. n. 53. s. aber

gesprochen werden soll [1]). — Was nun noch die Frage betrifft, ob der Eintritt der Ehrenstrafen schlechthin vom Gesetz bestimmt oder ob er ebenso allgemein dem richterlichen Ermessen überlassen werden soll [2]), so liegt die Wahrheit in der Mitte. Die Ansicht, daß Alles dem richterlichen Ermessen überlassen werden müsse, entstand zu der Zeit, wo das verkehrte System herrschte, die Infamie durchaus an die Strafart zu binden und zugleich von der Dauer der Strafe abhängig zu machen. Hiegegen war sie durchaus im Recht, wenn sie darauf bestand, daß nur das Verbrechen infamire und daß am wenigsten der Zufall, wie es bei jenem unvernünftigen Strafensysteme unumgänglich sei, über den Eintritt der Ehrenschmälerung entscheiden dürfe [3]). Allein sie schoß weit über das Ziel, wenn sie nun lediglich das richterliche Ermessen entscheiden lassen wollte, was ebensogut ist, als wenn man überhaupt dem Richter anheimgeben wollte, welche Strafart (Geld=, Gefängnißstrafe ꝛc.) er im einzelnen Falle für passend erachten wolle [4]). Es ist doch gewiß nicht zu läugnen, daß es eine große Anzahl von Verbrechen giebt, von welchen der Gesetzgeber mit voller Richtigkeit und Sicherheit voraus bestimmen kann, daß sie Ehrenstrafen verdienen (wie Diebstahl, Betrug, Meineid, Raub, Nothzucht [5]), Mord ꝛc. ꝛc. [6]). Ist dies aber der Fall, dann ist es völlig gleichgültig, ob der Gesetzgeber die Ehrenstrafe an die gedachten Verbrechen [7]) oder ob er sie an die Strafart knüpft, der er sie unterwirft, sobald er nur nicht diese Strafart auch für nichtentehrende Verbrechen droht [8]). Ja, der zweite Weg ist der bessere deshalb, weil hiedurch die Möglichkeit abgeschnitten wird, den mit der Ehrenstrafe belegten mit solchen, die keine Ehrenschmälerung verdienen, in derselben Strafanstalt zusammenzubringen. Ausnahmsweise, d. h.

---

densf. eb. 1839. S. 572. Fortbildung I. 298 und N. Arch. 1851. S. 441. n. 50). Luzern. GB. Art. 95. Wadtländ. GB. Art. 86. (Unklar Mittermaier n. 6. z. F. §. 63). vgl. v. Jagemann N. Arch. 1838. S. 394 ff. Bloß als Gnadenakt erscheint die Rehabilitation nach dem Code d'instr. art. 619 sq. und dem niederländ. GB. von 1840. Art. 74—78. Dafür v. Wiek N. Arch. 1851. S. 9 ff. der bair. Aussch.ber. z. Art. 33. Dag. Hélie in rév. de législ. VII. p. 38 sq. Mittermaier Fortbild. I. 299.

1) Der richterliche Ausspruch hat es zu konstatiren, daß die legale Bedingung des Aufhörens eingetreten ist; es ist nicht etwa über die Moralität des Subjekts zu kognosziren.

2) Hiefür erklärt sich besonders Mittermaier N. Arch. 1839. S. 567 ff. Fortbild. I. 293 ff. Den im bad. Entw. gewählten Weg, den auch das thurgauische GB. annahm und bes. v. Jagemann lobpries, giebt er indessen mit Recht Preis, N. Arch. 1846. S. 137. — Dag. s. Heffter N. Arch. 1837. S. 333 ff.

3) Schüler Beitr. z. sächs. Entw. S. 17—21.

4) Dies sieht selbst v. Jagemann ein N. Arch. 1838. S. 267. 268.

5) Diese nimmt v. Jagemann S. 382 aus.

6) Schrift üb. d. bad. Entw. S. 17 ff. (bes. S. 22). Dies hat denn doch auch wieder Mittermaiers Beifall. Fortb. I. 296. s. auch v. Jagemann S. 374 ff., der aber S. 377 seinem eigenen verkehrten moralischen Ausgangspunkt geradezu (unter Berufung auf Hegel!!) widerspricht.

7) Norweg. GB. und relativ hamburg. Entw. 1851.

8) Der Fehler des preuß. GB. ist (abgesehen von der Lebenslänglichkeit der Ehrenschmälerung) nur der, daß es die Zuchthausstrafe zu oft absolut droht, keineswegs aber ein Nachahmen des Code pén., was ihm Mittermaier N. Arch. 1851. S. 438 vorwirft (den bair. Entw. trifft dieser Vorwurf allerdings). s. auch Goldtammer I. 82—84.

bei solchen Verbrechen, bei denen es auf die Umstände ankommt, ob im einzelnen Fall eine Ehrenschmälerung verdient ist oder nicht (z. B. Duell, Tödtung eines Einwilligenden ꝛc.) steht nichts im Wege, alternativ eine entehrende oder nicht entehrende Strafart anzudrohen und insoweit allerdings dem richterlichen Ermessen Raum zu lassen [1]). Die Klasse dieser Verbrechen ist aber nicht groß, da bei manchen, die man dahin rechnet [2]), wie Fälschung [eines Passes], Unterschlagung [eines Schatzes] u. dgl. das Gesetz selbst schon im Voraus den geringen Grad besonders normiren kann (wie auch bei Familiendiebstahl u. dgl.), und da — was besonders zu bemerken ist — die hier so oft namhaft gemachten politischen Verbrechen [3]) gar nicht hierher gehören, vielmehr eine Mittelklasse bilden [4]), bei welcher der Staat durchaus in seinem Recht ist, wenn er zwar nicht dieselbe Ehrenschmälerung wie bei gemeinen entehrenden Verbrechen, wohl aber einen größeren oder geringeren Grad von Verminderung der politischen Rechtsfähigkeit androht. — Was endlich die Modalitäten des Pönitentiarsystems betrifft, so ist ein fertiges Urtheil nicht möglich in einer Sache, worin noch immer experimentirt wird [5]), und um so weniger, da die bei andern Nationalitäten gemachten Er=

---

1) Dies geschieht im preuß. GB., nur weit nicht im gehörigen Umfang. Beseler S. 33. 113. Die übrigen deutschen Gbücher (wenn man das hann. Art. 23 ausnimmt und von dem allgemein im Uebermaß gehätschelten Duell absieht) liegen hier noch ganz im Argen. s. dag. das wadtländ. GB., den meklenb. u. belg. Entw. ꝛc., sowie den hamburg. von 1851 (letzterer überläßt dem Richter zuviel; richtiger ist der belgische, den Mittermaier N. Arch. 1851. S. 438 ungenau auffaßt, der aber freilich den großen Fehler hat, Gefängniß und Zuchthaus an einander grenzen zu lassen, mithin den rechtlichen Charakter dieser Strafarten zu verwischen). vgl. übr. schon die Theresiana Art. 10. §. 5. 6.

2) Mittermaier N. Arch. 1839. S. 567. Unbegreiflich ist, wie v. Jagemann S. 383. 384 auch die kulposen Delikte hierher zählen mag, von denen sich doch wohl von selbst versteht, daß sie nicht zuchthauswürdig sind, wenn gleich gerade bei ihnen die Interdiktion einzelner Berechtigungen ganz am Platze sein kann.

3) Freilich charakterisirt sie oft einer und derselbe verschieden. s. z. B. Mittermaier Fortb. I. 293 und N. Arch. 1847. S. 282.

4) s. auch Wirth Ethik II. 327. 328, der übrigens das System der Ehren= und Freiheitsstrafen im Ganzen nicht richtig darstellt. — vgl. Birnbaum N. Arch. 1844. S. 179 ff.

5) s. außer den schon o. a. Schriften: Diez Ueb. d. Vorz. der einsamen Einkerkerung. 1842. David üb. d. neueren Verf. z. Verbesser. d. Gef. 1842. Dean the philos. of human life. 1839. p. 157 sq. Combe moral philos. 1841. p. 290 sq. Suringar Consid. sur la reclusion indiv. mit Vorr. v. Moreau Christophe 1843. Marchal not. sur les prisons de Strasb. 1841. Ducpetiaux not. sur la colonie de Mettray. 1843. Petitti della condiz. esord. della rif. d. carceri. 1843. Verdeil de la reclusion 1842. Gosse analyse de l'ouvrage de Verdeil. 1843. Leon Faucher in d. rév. des deux mondes. Febr. 1844 und überh. die Schriften über den hier kritisirten franz. Gef.Entw. Hoorebeke de la recidive dans ses rapports avec la ref. pénit. 1846. Lieber Bruchst. über Gegenst. der Straffunde 1845. Russel adress to the congr. of Frankf. 1846. Field prison discipline. 1846. Le Fran de la réf. d. pris. 1845. Poirel de la réf. d. pris. 1846. Bonnet hygiéne des pris. 1847. Volpicella prop. di una compiuta rif. d. prig. 1845. Field life of Howard 1850. Jebb obs. on the separate syst. 1847. rep. on the discipl. of Portland. 1850. Kingsmill prisons and prisoners 1849. a commonsense view of the treatment of criminals. 1850. Dixon the London prisons. 1850. Moser die Pönit.anstalt in St. Jakob. 1850. Michel die Strafanstalt in Bern. 1850. v. Wiek die Isolirung der Sträflinge. bes. die engl.,

fahrungen nicht ohne Weiteres auch für Deutschland maßgebend sind. Gewiß scheint wenigstens soviel, daß weder das pensilvanische Isolirungssystem, noch das auburnische System des schweigenden Zusammenarbeitens in abstrakter Durchführung sich bewährt hat, daß jenem namentlich die Einrede der physischen und moralischen Entnervung, diesem die Einrede einer nur durch gehäufte Strafen zu erzwingenden Widernatürlichkeit entgegensteht; daß beide Systeme, zweckmäßig modifizirt, vielfachen Nutzen stiften, daß sie kombinirt und je für die eine oder andere Gattung von Sträflingen mit Vortheil gebraucht werden können; — daß jedenfalls das eine und andere System seine wesentlichen Bedingungen hat, ohne deren angemessene Herstellung kein Erfolg erwartet werden kann (z. B. das Isolirsystem, bauliche Einrichtungen ohne akustische Schäden, Heizungsapparate, Raum zum Ergehen im Freien, Proportion der Zahl der Gefangenen zur Möglichkeit einer individualisirenden Behandlung, möglichste Sorge für Abhaltung der so nahe liegenden Gefahren für körperliche und geistige Gesundheit, Abwehr pietistischer Einflüsse und falscher Sentimentalität, Verhütung der Beförderung der Heuchelei u. s. f.), daß Barbareien wie die Tretmühle, und Spielereien mit ganz zwecklosem Arbeiten oder Gebetplappern vermieden werden müssen, daß aber vor Allem der Begriff der Strafe nicht unter dem Besserungszweck verschwinden darf. —

IV. Lebenslängliche Freiheitsstrafe hat mancherlei Bedenken hervorgerufen, wo man sie nur als Mittelglied zwischen der Todes- und der zeitlichen Freiheitsstrafe zu betrachten gewohnt war [1]). Dieselben fallen weg, sobald sie an die Stelle der Todesstrafe tritt [2]). Daß dies aber geschehen muß, zeigt die ganze bisherige Entwicklung der Frage über die Beibehaltung der letzteren, welche ergiebt, daß die Vertheidiger sich auf die letzte Schanze zurückgezogen haben [3]). Es würde zu weit führen, hier Alles oder auch nur das Meiste von dem anzugeben, was über die Frage seit Beccaria von den verschiedensten Standpunkten aus gesagt worden ist. Auch bedarf es dessen an dieser Stelle nicht, wo lediglich vom Standpunkt des Rechts auszugehen ist und daher andere, an sich noch so hochzuachtende, religiöse, moralische, politische Gesichtspunkte sich bescheiden

---

amerikanischen rc. reports. — Gegen diese Bestrebungen s. Sismondi des colonies pén. 1841. Auff. in Falcks Arch. I, 3. S. 434 ff. Gleizes mém. sur la ref. d. prisons. 1840. Laurie Killing no murder 1846. Carlisle Letters pamphlets. 1850. nr. II March. 27. Pearson bei Mitterm. über den neusten Zust. S. 26 ff. Mittermaier n. 4. z. F. §. 149.

1) s. z. B. Henke I. §. 69. Abegg im N. Arch. 1838. S. 62 ff. Mittermaier in der rév. de législ. 1836. IV. p. 21. 96. 270. im N. Arch. 1838. S. 326. 327. 1839. S. 163 ff.

2) Die einseitigen Lobredner des Pönitentiarsystems, die damit lebensl. Freiheitsstrafe unvereinbar (?) glauben, mögen es unter sich ausmachen, wie sie unter dieser Voraussetzung sich helfen wollen. Am einfachsten ist es, die lebensl. Freiheitsstrafe auch mit zu verwerfen (Röder a. a. O. S. 422). Mittermaier hat, obwohl er so viele Anatheme gegen sie von jenem Standpunkte aus geschleudert hat, bei seiner neuerlichen Erklärung gegen die Todesstrafe (N. Arch. 1851) es vermieden, sich über den Punkt auszusprechen.

3) s. bes. Abegg im A. Arch. 1850. S. 174—180. Es ist zu beklagen, daß er sich hier und wiederholt im Beil.-H. 2. z. 1851. S. 16, in den N. sächs. Jahrb. VIII. 117—119 die Diatriben von Hepp und die Spöttereien von Stahl gegen die deutsche Nat.-Versammlung hat aneignen mögen!

müssen [1]). Aber auch auf dem Standpunkte des Rechts ist es an dieser Stelle unnöthig, auf die Beweisführungen der verschiedenen relativen Strafrechtstheorieen [2]) einzugehen, — mögen sie im Resultate übereinstimmen oder abweichen —, nachdem oben gezeigt wurde, daß diese Theorieen zwar sämmtlich von einem richtigen Momente ausgehen, aber eben dadurch unwahr werden, daß sie dieses zum Ganzen aufschrauben [3]). Vielmehr ist hier nur nöthig, von dem Standpunkte der absoluten Theorie auszugehen, und dies wird um so unpartheiischer erscheinen, da gerade auf diesem Boden die gewichtigsten Vertheidiger der Todesstrafe stehen. Denn abgesehen von den Gründen der Präventionisten, von den nach Belieben zu wendenden politischen Gründen und denen, welche aus einem den wesentlichen Inhalt der Lehre verläugnenden Christenthum entnommen werden, taugt die gewöhnliche Behauptung, daß auf die schwerste Verletzung die schwerste Strafe gehöre [4]), obwohl sie eben nur aus der absoluten Theorie geborgt ist (die freilich oft genug von ihren Verächtern gebraucht wird, um die Blößen des eigenen Vorstellungenaggregats zuzudecken), natürlich gar nichts, da erst noch erwiesen werden muß, daß das Leben unter die Gegenstände der Strafmittel gehöre, gesetzt auch es wäre unläugbar, daß der Tod das höchste Uebel sei [5]). Jenen Beweis suchten nun Kant und Hegel wirklich zu führen, aber nur aus dem Prinzip der materiellen Talion (vor dem man doch sonst so sehr, und mit Recht, das Kreuz macht) und konsequenter Weise [6]) nur für den Mord. Hegel geht

---

1) A. M. Mittermaier n. 2. z. F. §. 145, der nur politische und — statistische Gründe entscheiden lassen will.

2) Mit einigen hätte man freilich leichte Mühe, z. B. wenn Hepp Darstell. II, 2. S. 794. 795 für die Todesstrafe nichts weiter anzuführen weiß, als: für die schwerste Schuld gehöre die schwerste Strafe (!) — sie sei nöthig, damit von ihr abwärts die Proportion eingehalten werden könne (!!) — und Moral und Christenthum seien nicht dagegen.

3) Literatur bis 1838 s. b. Kappler S. 395—410 (freilich immer noch sehr unvollständig; fehlen doch sogar Rousseau, Bentham, Kant und Hegel!). s. auch namentlich noch Henke I. §. 65. Abegg §. 126. Rossi III. c. 6. Hélie I. 99 sq. Jarcke I. §. 41. Gros Nat.R. §. 355 a. E. Stahl Rechtsphil. II. 392 f. Richter philos. Strafr. S. 248 ff. Daub Darst. d. Hypoth. üb. Willensfreiheit 1834. van Ghert de necess. poen. cap. 1836. Silvela du maintien de la peine de mort. 1832. Mittermaier im N. Arch. X. 346 f. XII. 206 f. 678 ff. XIII. 304 f. — 1834. S. 1 ff. 195 ff. 1836. S. 1 ff. 292 ff. ferner 1840. S. 442 f. 583 f. — 1841. S. 1 ff. 311 ff. — 1848. S. 408 ff. 1851. 302 ff. 1853. S. 57 ff. Zöpfl Denkschr. üb. d. Todesstr. 1839. Heidel üb. d. Rechtmäß. d. Todesstr. 1839. Doublet de Bois Thibault du rég. cellulaire ꝛc. 1839. Althof üb. d. Verwerfl. d. Todesstr. 1842. Nöllner Wissensch. u. Leben in Bez. auf d. Todesstr. 1843. Solimène de la réf. du Code p. 1845. p. 56 sq. Zschokke Aehrenlese 1844. S. 144 ff. Menant obs. sur la peine de mort. 1846. Lichtenberg d. Strafe d. Zuchth. 1846. S. 158 ff. Hepp im N. Arch. 1847. S. 461 ff. 1848. S. 130 ff. Preuß. Justizminist.bl. 1848. S. 247 ff. Nypels in d. Ausg. von Hélie I. p. 40 sq. Mittermaier n. 1—5. z. F. §. 145. Goldtammer I. 84—86. Bericht der Wirt. Justizges.geb.Komm. II. K. üb. den Ges.entw., betr. Wiedereinf. d. Todesstr. 1852.

4) Dies war der einzige positive Grund der Komm.Minderheit in Wirtemberg!

5) Bekanntlich wurde dies oft geläugnet (s. schon Caesar bei Sall. Cat. 49), daher Feuerbach eine eigene Abh. dagegen schreiben zu müssen glaubte, Bibl. II, 1. S. 244 ff. s. aber diesen selbst S. 277—282. vgl. Richter S. 255. 256. Bentham u. A.

6) Kant nennt freilich auch den Hochverrath, aber ohne allen Beweis; denn

zwar im Allgemeinen, abweichend von Kant, von der Verwerflichkeit des Prinzips der materiellen Talion aus und fordert nur Proportion nach dem Werthe, von dem er zugiebt, daß er sich immer nur annähernd ausdrücken lasse [1]). Gleichwohl fällt er beim Morde auf den von ihm selbst verworfenen, ja mit Spott gegeißelten Standpunkt der spezifischen Gleichheit zurück, wofür er nur fast beiläufig den kahlen Grund hinwirft, daß es für das Leben als den ganzen Umfang des Daseins keinen Werth gebe [2]). Dies ist ein absoluter Widerspruch, der nicht bestehen kann. Ist das Letztere richtig, so ist nicht allein die Todesstrafe beim Mord, sondern es sind auch die verstümmelnden Strafen bei der Körperverletzung rechtmäßig, da es für die Gesundheit ebensowenig einen adäquaten Werth giebt, als für das Leben. Wo wäre ferner der adäquate Werth bei Nothzucht, Ehebruch 2c.? Entweder muß man sich daher überall, wo sich ein adäquater Werth nicht auffinden läßt, zu der „Absurdität" der Vergeltung nach der spezifischen Gleichheit, so weit es geht, und — soweit es nicht geht —, zur Vergeltung nach der absoluten Willkühr entschließen, — oder man muß das Prinzip der Vergeltung nach dem annähernden Werthe konsequent handhaben und darf daher auch beim Mord nicht zu dem verworfenen Prinzip der spezifischen Gleichheit zurückgreifen. Man darf dies um so weniger, da darin noch ein weiterer starker Verstoß gegen das Prinzip des ganzen Systems liegt. Dasselbe geht davon aus, daß im Verbrechen (im Unterschiede vom bürgerlichen Unrecht) die Verletzung ihre Existenz nicht in deren objektivem Produkte, sondern nur im Willen des Verletzers habe. Daraus folgt aber, daß das Maß der Strafe sich keineswegs bloß nach dem Objekte der Verletzung bestimmen kann, dieses vielmehr nur als sekundär mitbestimmendes Moment sich geltend machen darf [3]). Mit gutem Grunde haben daher auch Abegg und Richter von jener fatalen Deduktion aus der spezifischen Gleichheit Umgang genommen und sich vielmehr an einen andern Satz Hegels gehalten, den nämlich: daß eine Entäußerung des Lebens im Dienste einer sittlichen Idee zulässig sei. Abegg [4]) begnügt sich mit einer einfachen Anführung dieses Satzes, unter Beifügung der Versicherung, es könne die Schuld einen Grad erreichen, wo der innerste Widerspruch nicht anders zu heben sei, als mit dem physischen Dasein (wo der Leib hingegeben werden müsse, um die Seele zu retten) [5]). Genauer geht Richter [6]) ein. Frei-

---

das Sophisma, daß der Hochverräther das Leben aller Bürger gefährde, ist keiner; und, wenn hier mit Berufung auf die innere Bösartigkeit der materiellen die formelle Talion untergeschoben wird, so wird gerade der Hauptnerv des Beweises für den Mord abgestumpft. Ganz ungenügend ist die Auffassung bei Hepp Darst. I. 97. 98. 103.

1) Rechtsphil. §. 101 und Anm.

2) eb. Zusatz. Der bad. Komm.ber. (Thilo S. 70) stützt sich auf denselben und zugleich auf den andern Satz von Hegel, daß der Verbrecher nach demselben Gesetz zu behandeln sei, das er durch seine Handlung selbst aufgestellt habe.

3) Wirth Ethik II. 332—334.

4) Lb. S. 190. s. auch Roßhirt Entw. S. 455 ob. Beseler S. 92.

5) Abegg S. 189 sagt mit Recht, es sei für und gegen die Todesstrafe manches unglaublich Seichte ausgesprochen worden. Aber dagegen helfen solche mystischen Aussprüche nichts, mit denen die Philosophie wenigstens nichts anzufangen weiß. Selbst Stahl verläßt doch hier wenigstens den rechtsphilosophischen Boden nicht; er borgt den Satz von Fichte, daß der Verbrecher eigentlich Vernichtung verdiene, nur nicht immer absolute, worin Hepp I. 246 einen „nicht glücklichen Gedanken" findet.

6) Philos. Strafr. S. 249 ff.

lich müssen beide gerade von der Läugnung des Hegel'schen Satzes, daß das Leben unschätzbar sei, anheben, indem sie behufs der Rechtfertigung der Todesstrafe auf jenen andern Satz rekurriren, den sie keineswegs im Sinne H.'s anwenden. Denn er sagt bloß: der Einzelne habe kein Recht, sein Leben hinzugeben, außer im Dienste einer sittlichen Idee; es fällt ihm aber nicht ein, zu sagen, der Staat habe ein unbedingtes Recht auf das Leben; vielmehr spricht er nur von dem Rechte des sittlichen Ganzen, im Dienste für das Vaterland auch das Leben zu fordern, wobei er gewiß nicht an das Schaffot denkt, da er in der Aufopferung die ideelle Forterhaltung der einzelnen Persönlichkeit als sich vollziehend annimmt. Es ist klar, daß er damit den verdienten Nachruhm des für sein Vaterland Gestorbenen meint. Um nun aber darzuthun, daß auch die Persönlichkeit des auf dem Schaffot Geopferten nicht schlechthin untergehe (denn mit Recht sagt H., Leben und Persönlichkeit lassen sich nicht trennen) [1]), rekurrirt Richter auf — das Erbrecht! Zugleich beruft er sich zum Beweise dafür, daß das Leben der Rechtsidee gegenüber keinen absoluten Werth habe, auf die Nothwehr. Letzteres nun ganz mit Unrecht, da es sich hier von einem momentan aufgehobenen Rechtszustande handelt, von welchem kein Schluß auf den bestehenden zuläßig ist [2]). Hievon jedoch, sowie von der großen Inkonsequenz abgesehen, die darin liegt, den bürgerlichen Tod mit Entrüstung zu verwerfen und doch die Todesstrafe für gerecht zu erklären, beruht diese ganze Beweisführung auf einer Erschleichung. Zugegeben nämlich, daß das Leben keinen absoluten Werth einer sittlichen Idee gegenüber hat, so ist es zwar gewiß, daß die betr. sittliche Idee und in ihrem Namen der Staat das Recht hat, dieses Opfer behufs der Vertheidigung des Vaterlands zu fordern. Daß er es aber auch habe behufs der Sühnung von Verbrechen, — dies ist kein Axiom, sondern muß bewiesen werden, und diesen Beweis bleiben Richter und Abegg schuldig (die o. a. Versicherung des letzteren ist keiner). Er ist auch in der That auf dem Boden des Systems, von dem sie ausgehen, nicht zu führen, wenn man einmal anerkennt, daß Hegel in dem Zus. zu §. 101 seinem eigenen Prinzip widersprochen hat. Vielmehr muß man, wenn man diesem und dem Begriff der Strafe als einem Zwange gegen den Willen des Verbrechens, sowie dem andern Fundamentalsatze, daß für den Staat das Leben mit der Persönlichkeit zusammenfällt, getreu bleiben will, das Leben ganz aus der Reihe der Strafmittel streichen, da jedes Verbrechen, auch das tiefste, nur eine bestimmte Handlung ist, in der sich niemals die gesammte Subjektivität als gänzlich, auch der Potenz nach, dem Vernunftwillen entgegengesetzte, unheilbar böse preisgiebt [3]). Nur wo dieses möglich wäre, könnte die totale Vernichtung der Persönlichkeit gerecht erscheinen. Da es aber nicht möglich ist, so muß der Staat die Persönlichkeit, in welcher stets die Mög-

1) Nach Abegg ist dies der Fall, wobei er freilich von der Rechtswelt abstrahiren und auf eine transcendentale verweisen muß.

2) Mit Unrecht sagt Wirth S. 335 dasselbe auch vom Kriege, bei welchem vielmehr ein anderer Gesichtspunkt eintritt.

3) Richter selbst sagt (S. 263): „Selbst aus der tiefsten Verworfenheit ist Erhebung zum wahren Vernunftleben möglich." vgl. bes. Wirth S. 334 und — S. 335 — die treffende, nur den Buchstabengläubigen nicht zusagende, Würdigung des religiösen Moments der Frage. Ein Gefühl des Richtigen s. auch bei Henke I. §. 65.

lichkeit der sittlichen Wiederherstellung liegt, bestehen lassen. Als die höchstmögliche Strafe eines Verbrechens ergiebt sich daher nur die gänzliche Aufhebung des in der That offenbar gewordenen absolut widerrechtlichen Willens, also nicht Vernichtung der Persönlichkeit, — sondern nur lebenslängliche Entziehung der Freiheit und Stellung unter die Vormundschaft des Staats [1]). — Als werthlos sind dagegen fast alle sonst gegen die Todesstrafe vorgebrachten Gründe aufzugeben, namentlich die aus dem Naturzustand und der Fiktion des Staatsvertrags hergenommenen, ferner die, daß der Staat nicht nehmen könne, was er nicht gegeben habe, daß die Todesstrafe zur Abschreckung und Sicherung unnöthig sei, daß sie dem Staat einen vielleicht noch brauchbaren Bürger entziehe, daß sie ungleich wirke, dem Verletzten keinen Nutzen bringe, daß sie untheilbar, daß man mit der Frage über die Zurechnung noch nicht im Reinen sei [2]) u. s. f. Wenn man aber auch gegen den Einwurf, daß die Todesstrafe im Fall eines begangenen Irrthums irreparabel sei, sogleich die wohlfeilen Repliken hört, das beweise zu viel, also nichts, da es auch bei andern Strafen vorkommen könne [3]), und — der Einwurf treffe nur das gerichtliche Verfahren, so muß man den schamlosen Leichtsinn bewundern, der eine solche Gewissensberuhigung genügend findet [4]). — Die Todesstrafe besteht noch in den meisten europäischen Staaten (auch in Amerika), jedoch ist sie im Laufe dieses Jahrhunderts überall auf eine geringere Zahl von Fällen eingeschränkt und meist ausdrücklich als ein nothwendiges Uebel bezeichnet worden, das man in nicht ferner Zeit ganz entbehren zu können hoffen dürfe.

2) Entschieden hat der Fortschritt der Civilisation den Stab gebrochen über alle Verschärfungen der Todesstrafe [5]) und über die verstümmelnden Strafen, — fast überall auch über die körperliche Züchtigung, welche jedoch noch ein größeres Häuflein von Vertheidigern hat [6]) und in einigen Staaten theils noch besteht,

---

1) Gegen diejenigen, welche den Gegnern der Todesstrafe so gerne Weichlichkeit, falsche Humanität oder gar (pöbelhaft genug) sittliche Indifferenz vorwerfen, sagt Wirth sehr richtig: „Nicht milder, sondern intensiver wird das Straffystem werden, wenn der Staat statt des bloßen Einsperrens der Verbrecher oder des bloßen Abschlachtens die innere Aufhebung der Unthat zu seinem sittlichen Zwecke macht und dem Pönit.-systeme seine rechte Ausdehnung giebt.“ Eben in der Nothwendigkeit, dieses System auch hier anzuwenden, liegt es aber, daß mit dieser Strafe nicht der bürgerliche Tod verbunden werden darf. s. auch die bad. Mot. b. Thilo S. 73. Daß darin eine Inkonsequenz liege, ist eine willführliche Behauptung von Roßhirt Entw. S. 470. vgl. Henke I. §. 67. Wenn Grolman §. 70, Tittmann I. §. 69 rc. beides für unzertrennlich hielten, so war es Konsequenz eines falschen Prinzips.

2) s. dag. Richter S. 253. 254. 259—262. Abegg im N. Arch. 1850. S. 73.

3) Begreift man denn nicht den himmelweiten Unterschied, daß alle andern Strafen wenigstens die Möglichkeit einer Gutmachung offen lassen, die Todesstrafe dagegen diese Möglichkeit von vorn herein — buchstäblich — abschneidet?

4) Nicht viel schicklicher sind die gewöhnlichen Repliken gegen den Einwurf, daß die Todesstrafe die Möglichkeit der Besserung aufhebe (s. z. B. Richter S. 262), jene kindliche etwa abgerechnet, daß sich der Missethäter ja auf dem Schaffot noch bessern könne.

5) Ausnahmen enthalten nur das bair. GB. Art. 6 und das hannöv. Art. 9. Die letzten Vertheidiger sind Oersted, Jarcke, Gans und das preuß. Kabinet b. Goldtammer I. 86—89.

6) Oersted Prüf. d. bair. Entw. S. 98. Escher vier Abh. S. 112. 113. Thoma Bem. üb. d. bair. Entw. S. 50. Jarcke I. 263. Trummer in d.

theils sogar wiedereingeführt worden ist. Wenn letzteres (z. B. in Wirtemberg) von den Vorstehern der Strafanstalten behufs der Handhabung der Disziplin in diesen beantragt und wenn für die Züchtigung als selbständige Strafe oder als Schärfungsmittel von Freiheitsstrafen der Grund geltend gemacht wird, daß die Freiheitsstrafen nicht repressiv genug wirken, so beweist dies nur, daß in den betr. Staaten die Strafanstalten mangelhaft eingerichtet sind und berührt die Frage nach der Rechtmäßigkeit gar nicht [1]). Wenn in einer aufgeregten Zeit die Zahl muthwilliger und frecher Vergehen ungewöhnlich zunimmt, so liegt es im Lauf der Natur, daß darauf von selbst wieder eine entsprechende Abnahme folgen muß, und die Regierungen handeln nicht zu ihrem Vortheile, wenn sie alsbald den Kopf verlieren und sich nur mit dem Prügel zu helfen wissen [2]). Wenn endlich gerade in dieser Frage Berufungen auf die Volksansicht mit Salbung vorgetragen werden, so hat die Klasse der Gebildeten im Volk allen Grund, sich über eine so seltene Erscheinung zu wundern und für die Verwechslung des Volks mit dem Pöbel zu bedanken [3]). Faßt man, von solchen ephemeren Motivirungen abgesehen, die für die Strafe vorgebrachten Gründe in's Auge, so fällt der, daß sie sich gegen roh sinnliche Menschen als arg. ad hominem bewähre, mit dem verwerflichen Prinzipe der rohen Talion überhaupt in Nichts zusammen [4]). Der andere, daß es nur durch die Prügelstrafe möglich werde, den Nachtheil längerer Freiheitsstrafen von dem Schuldigen, seinen Angehörigen und dem Verletzten selbst abzuwenden, verkennt ganz, daß der strafende Staat auf solche Privatverhältnisse keine Rücksicht nehmen und am wenigsten ein entehrendes Strafmittel als eine Art von Gnade anbieten darf [5]). Wenn sie ferner besonders deshalb empfohlen wird, um jugendliche Uebertreter vor der Pest der entsittlichten Gefängnisse zu schützen, so heißt dies den Beelzebub durch seine Großmutter

---

krim. Beitr. III, 2. S. 179 ff. v. Schirach Krit. des v. Eggers'schen Entw. S. 140, nur theilweise auch Wächter Strafarten ꝛc. S. 174 ff. Roßhirt Entw. S. 461—463. Abegg §. 130, neuestens bes. Hubtwalker im N. Arch. 1842. S. 163 ff., s. aber dens. in d. krim. Beitr. II, 2. S. 432! Graba Andeut. üb. die Ref. d. Gefängn.

1) Die Minderheit der JustizGgeb.komm. in Wirt. (1852) hat sich nicht entblödet, den Aerzten, welche aus medizinischen Gründen sich gegen die körperl. Zücht. erklärten, vorzuwerfen, daß sie unter dem Deckmantel ärztlicher Gewissenhaftigkeit politische und philosophische Ansichten zur Geltung bringen wollen! — s. übr. Breidenbach I. 1. S. 306. 307.

2) Ueber die gute Wirkung der Besonnenheit der bad. Regierung s. v. Jagemann im N. Arch. 1841. S. 262 ff. Eine ähnliche Erfahrung s. b. Breidenbach I. 1. S. 308. Arnold im N. Arch. 1843. S. 274 ff. s. auch die preuß. Vhdl. d. Goldtammer I. 113--116.

3) Tief zu beklagen ist es, wenn sogar höchste Richterkollegien es über sich gewinnen können, den Gegnern der Strafe, d. h. fast allen europäischen Männern der Wissenschaft und der unendlich überwiegenden Anzahl der europäischen Gesetzgebungen „Schwachmüthigkeit, kränkelnde und kurzsichtige Philanthropie, sentimentale und verkehrte Ansichten, vollkommene Verkennung oder Verläugnung der Volksansicht" vorzuwerfen!!

4) vgl. Röllner im N. Arch. 1843. S. 195. Arnold eb. S. 277. n. 16.

5) vgl. Röllner a. a. O. S. 196—198. Henke I. 431, wo zugleich mit Recht auf die Nachtheile hingewiesen wird, die bei der Frage über das Werthverhältniß zwischen Freiheits- und Prügelstrafe sich herausstellen.

austreiben [1]). Als weitere Hauptkandidaten werden ausländische Gauner und Landstreicher bemerklich gemacht; es ist aber eine solche Unterscheidung zwischen In- und Ausländern längst als unwürdig und gefährlich nachgewiesen worden [2]). Der Grund der vorzüglich abschreckenden Wirkung ist theils an sich problematisch, theils fällt er mit der Verwerflichkeit der einseitigen Abschreckungstheorie von selbst zu Boden [3]). Wenn endlich gar die Wohlfeilheit geltend gemacht wird [4]), so — hat die Wissenschaft hierauf nicht zu antworten. Der wesentlich entscheidende Grund gegen die körperl. Züchtigung liegt in dem, was gerade so oft für sie angeführt wird: daß sie ja eben nur auf den Abschaum der Menschheit, auf Leute von bestialischer Art berechnet sei, bei denen das Ehrgefühl sich abgestumpft habe [5]). Denn hiemit ist die Strafe als absolut entehrende und zugleich als bloße Erregung physischer Schmerzen bezeichnet. Auch ist dies richtig, da nur die Verbindung dieser beiden Elemente sie überhaupt fähig macht [6]), einen Platz unter den Strafmitteln des Staats auch nur anzusprechen. Hätte sie nämlich bloß die zweite Bedeutung, so fiele auch dieser scheinbare Anspruch weg, da der Staat doch keine Hundedressur ausüben kann. Nun trifft aber gerade das Eigene ein, daß man die Strafart eben nur für solche Individuen rechtfertigt, bei denen die erste (sittliche) Bedeutung derselben verloren sei, d. h. bei denen sie zur bloßen viehischen Mißhandlung wird, mithin nur den strafenden Staat selbst entehrt [7]). Will man aber dieser Klemme entgehen, indem man zugleich das andere (geistige) Element, was in dem ehrenkränkenden Charakter der Strafe liegt, hervorhebt, so setzt man ehrliebende, nicht verthierte Menschen als Kandidaten einer Strafe voraus, die man kaum zuvor als eine solche bezeichnet hat, die nur für verthierte passe, und begeht an ihnen durch ihre Zufügung ein schändliches, nie wieder gutzumachendes Unrecht [8]). Dazu kommt dann die Unmöglichkeit der Vorausberechnung, welche Personen und Fälle als bestialisch zu behandeln seien [9]), daher entweder willkührliche Abstraktionen im Gesetz, wobei die Prügel gerade an den Unrechten kommen können (wo sie nur allgemein oder

---

1) Breidenbach I. 1. S. 309. 310. Nöllner a. a. O. S. 200. 201. Arnold a. a. O.

2) Nöllner a. a. O. S. 201. 202. v. Jagemann N. Arch. 1841. S. 254. 255.

3) Oskar Strafe und Strafanst. S. 16 ff.

4) so v. Linde in d. hess. Verh. Ueberhaupt wurden von Mitgliedern erster Kammern bei dieser Gelegenheit gar oft Aeußerungen laut, die eher nach der Bedientenstube riechen, z. B. man werde doch die Prügel — eine überall gangbare Münze (man hat es erlebt!!) — nicht bloß dem Privatverkehr überlassen wollen u. dgl.

5) Paßt das aber auch auf alle jugendlichen Verbrecher? paßt es auf alle diejenigen, denen man aus Humanität die Freiheitsstrafe ersparen will? Und ist es wohl ehrlich gemeint, wenn man versichert, Leute höheren Standes sollen, wenn sie sich prügelbar betragen, ohne Weiteres auch ausgeprügelt werden? Ehrlicher sind in letzter Beziehung Hudtwalker a. a. O. S. 169. 170., die russ. VO. bei v. Jacob Entw. 1818. S. XXII, 26 ff. Das preuß. Reskr. 23. Mai 1812 (Mannkopf S. 29).

6) Insofern hat gleichfalls Hudtwalker S. 165 gegen Mittermaier Recht.

7) Indirekt gesteht dies auch Roßhirt S. 463 zu; ebenso die neuen bair. Mot. z. Art. 20.

8) s. auch Richter S. 276. 277. Breidenbach I. 1. S. 304.

9) Eben dieses Unmögliche fordert Wächter Strafarten ꝛc. S. 176 von der Gesetzgebung.

auch bei einer bestimmten Zahl von Verbrechen als Schärfungen der Zuchthausstrafe aufgeführt sind) [1]), oder aber die gefährlichste, schrankenlose Freilassung des richterlichen Ermessens [2]). Mag die Prügelstrafe immerhin manche Nachtheile [3]) mit andern Strafarten gemein haben, z. B. ungleiche Wirkung, Unmöglichkeit der Vorausberechnung der Wirkung, Möglichkeit von Nachtheilen an der Gesundheit ꝛc., so treten doch theils diese Nachtheile bei ihr in verstärktem Maße ein, theils liegt darin nicht der wesentliche Grund ihrer Verwerflichkeit. Wohl aber ist der Erwähnung werth, daß die Willkühr bei dieser Strafe sich bis auf das Individuum erstreckt, dessen Arme der Staat ihre Vollziehung anvertraut [4]). — Abgeschafft ist die körperl. Züchtigung in Frankreich (vorlängst), Belgien (1840), Spanien (1848), Sardinien (1829), Neapel (1819), Parma (1820), Norwegen (Ausn. bei jungen Leuten von 10 — 15 J.). Sie fehlt in den Entwürfen für die Niederlande, Ungarn, Schweden (nur als ult. remedium bei der Disziplinirung der Sträflinge kommt sie vor). Was Deutschland betrifft, so ist sie abgeschafft in Nassau (1809), Braunschweig [5]) (1827), Baden (1831), Grh. Hessen (1841), Preußen und Oestreich (1848), Wirtemberg (Ges. 13. Aug. 1849), in den thüring. Ländern (1850 resp. 1852). Wieder eingeführt wurde sie in Oestreich (als Hauptstrafe, Disziplinarstrafe, wie als Schärfungsmittel für Kerker- und Arreststrafe [6]), und in Wirtemberg [7]) (in einer ebenso exorbitanten Weise).

3) Eine Art der vorkommenden Freiheitsstrafen ist die Verweisung, die man wieder in die eigentliche Verweisung und die Verstrickung (Konfination) abtheilt. Die erstere in der Form der Landesverweisung [8]) ist nicht sowohl deswegen, weil sie etwa den contrat social zum Grunde hätte, sondern einfach um des Völkerrechts willen [9]) zu verwerfen. Uebrigens kennen die deutschen Gesetz-

---

1) z. B. sächs. GB. Art. 8 (neuer Entw. Art. 13). wirt. GB. Art. 17.

2) so im wirt. Ges. 17. Juni 1853, im bair. Entw. ꝛc.

3) sie hat auch einen Vortheil, — den der Theilbarkeit, besonders wenn man, wie in Sachsen, das Maximum auf 90 Schläge setzt!

4) vgl. den lehrreichen Art. von Stelzer üb. die russische Knute im A. Arch. VII. 402 ff. Gegen die Strafe bes. das wichtige Zeugniß v. Zeillers in Wagners Zeitschr. 1825. H. 3. S. 172 ff. v. Arnim Bruchst. I. 82 ff. Henke I. 428 ff. Mittermaier im N. Arch. X. 151—153. XII. 650 ff. Fortbild. I. 183—185. Magg in d. Zeitschr. f. deutsch. Strafverf. I. 489 ff. v. Jagemann N. Arch. 1841. S. 230 ff. Nöllner eb. 1843. S. 184 ff. Oskar Strafe u. Strafarten S. 15 ff. Breidenbach I. 1. S. 303 ff. Arnold N. Arch. 1843. S. 274 ff. 1844. S. 437 ff. Obermaier Anleit. z. Besserung der Verbr. in den Strafanstalten 1835. Zachariä im N. Arch. 1845. S. 282—285 und 1853. S. 401 ff. Abegg eb. 1848. S. 13 (vgl. Lb. §. 130). vgl. noch Hitzigs Annal. 1842. S. 356—365. N. Jahrb. (sächs.) 1845. S. 6—9.

5) Der §. 2 des Ges. 10. Juli 1840 fällt unter den Gesichtspunkt der (vom Staat polizeilich zu ergänzenden) häuslichen Zucht.

6) vgl. Hye S. 362. not. 4. S. 390 Note. S. 394.

7) so denn auch im neuen sächs. Entw. (ausgezeichnet durch barbarische Grausamkeit, namentlich gegenüber dem östr. GB.).

8) Als Verweisung aus einzelnen Orten oder Kreisen des Inlands ist sie mit der Konfination zusammenzurechnen.

9) Hiemit hätte sich Mittermaier N. Arch. X. 121 ff. wohl begnügen können. vgl. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 185—187. Cella freim. Ged. üb. Landesverweis. 1784. Michaelis Mos. R. Vorr. z. VI. S. 73. Klein-

gebungen (anders der code p. und die meisten Gesetzgebungen der Schweiz) diese Strafe nicht; denn die in jenen vorkommende Ausweisung von Ausländern nach erlittener Strafe [1]) fällt nicht unter den Gesichtspunkt der kriminellen Strafe, wenn gleich sie von den Gerichten zu verfügen ist; wäre dies aber auch der Fall, so würde doch die Maßregel nicht gegen das Völkerrecht verstoßen. Sie fällt unter denselben Gesichtspunkt, wie die mit Konfination oder Ausschließung von bestimmten Orten des Inlands verbundene, gegen den Inländer nach erlittener Strafe angeordnete Stellung unter besondere polizeiliche Aufsicht [2]). Beide Maßregeln haben ihren Grund in der Sicherheitspolizei; da sie aber sehr wesentliche Beschränkungen der Freiheit enthalten [3]), so können sie nicht den Beamten der Sicherheitspolizei im e. S. überlassen werden, da diese lediglich die Verhütung von Verbrechen, soweit sie ohne Rechts- und Freiheitsbeschränkung für die Einzelnen möglich ist, zur Aufgabe hat, und die Uebertragung einer diese Grenze überschreitenden diskretionären Gewalt an sie vermöge des ihr Verfahren leitenden Prinzips der Zweckmäßigkeit die ganze bürgerliche Freiheit in Frage stellen würde [4]). Dieselben sind daher näher polizeistrafrechtlicher Natur und müssen deshalb genau vom Gesetz begrenzt und Behörden zur Vollziehung überlassen werden, deren leitendes Prinzip eben nur die strenge Vollziehung fest abgegrenzter Rechtsnormen ist, d. h. den Gerichten. Daß sie nun aber nicht den Polizeigerichten (§. 18. Anm. 2), sondern den gewöhnlichen Strafgerichten übertragen werden, rechtfertigt sich durch den engen Kausalnexus der fraglichen Maßregeln mit dem begangenen Verbrechen, nach dessen Abbüßung sie eben eintreten sollen. Gegen die Ausweisung des Ausländers hat man nun in der Regel nichts zu erinnern [5]). Um so mehr aber [6]) gegen die bald mit Konfination, bald mit Inter-

---

schrod III. §. 45 ff. Henke I. 455. 456. Biedermann im A. Arch. III, 2. S. 73 ff. Livingston report p. 20 sq. Hélie I. 154 sq. A. M. Rossi III. c. 9.

1) Bair. GB. Art. 36. Wirt. Art. 45. Hann. Art. 30. Braunschw. §. 23. Bad. §. 18. Thüring. Art. 20. Preuß. §. 29. Oestr. §. 19. 25. 249. Bair. Entw. Art. 34. Ueber Sachsen s. Weiß S. 60. Ueber Hessen Breidenbach I. 1. S. 473. 474.

2) Beide werden daher auch in den Gesetzen meist — ausdrücklich oder stillschweigend — in Verbindung mit einander gebracht.

3) Die Ausweisung des Ausländers in sofern, als seine Rückkehr ohne Erlaubniß als Verbrechen betrachtet wird. Daher fällt eine solche Ausweisung, die diese Folge nicht hat, so wenig hierher, als eine aus andern Gründen, d. h. nicht infolge eines begangenen Delikts verfügte reinpolizeiliche Ausweisung eines Ausländers. s. z. B. Hann. GB. Art. 24. Gleichwohl ist es unrichtig, wenn Leonhardt S. 146 die im Art. 30 angeordnete Landesverweisung als kriminelle Strafe bezeichnet. s. dag. auch Schlüter S. 30. n. 36. Was Wächter Strafarten S. 25. 28. Not. 4 üb. die Ausweisung sagt, bezieht sich eben nicht auf die hier gemeinte Ausweisung im Sinne der neuern Gesetzgebung. s. bes. Braunschw. Mot. b. Breym. S. 181. Beseler S. 134 ff. Goldtammer I. 220. Hiedurch erledigen sich die unklaren Bedenken von Mittermaier s. u.

4) Jarcke I. 287. Wächter Strafarten S. 26—30. Henke üb. d. gegenw. Zustand d. Krim.R. S. 104 ff. vgl. aber dens. Hdb. I. 456. 457, wo von der Konfination gerade in einer doppelt verwerflichen Weise sc. als polizeilicher Maßregel gegen einen bloß Verdächtigen die Rede ist. s. auch die bei Wächter Lb. I. S. 209. 210. Angeff. und Heffter §. 142—144 (s. aber §. 143. n. 6).

5) s. indessen d. bair. Aussch.ber. z. Art. 31 (1851).

6) Bonneville traité des div. instr. complém. du rég. pénit. 1847.

diktion einzelner Orte oder Bezirke verbundene Stellung unter besondere polizeiliche Aufsicht [1]). Die Gründe sind jedoch sehr schwach. Die Maßregel wird ein moralisches Brandmal genannt, das die Besserung hindere und den erbitterten, in seinem Erwerb verkümmerten Verbrecher zu neuen Verbrechen treibe. Die Besserung scheint auch hier wieder nur ökonomisch aufgefaßt zu sein; die Voraussetzung selbst aber, daß die Maßregel dem ehrlichen Erwerb des entlassenen Sträflings schaden müsse, ist geradezu verkehrt, da offenbar das Gegentheil stattfinden muß. Das moralische Brandmal ist eine Phrase, die bei einer Einrichtung, wie sie in Frankreich seit 1832 besteht [2]) oder wie sie das preuß. GB. enthält, keinen Sinn hat. Das Beste ist aber noch, daß dieselben, welche die fragliche Maßregel mit so vieler Entrüstung abweisen, statt derselben — Einsperrung in Zwangsarbeitshäuser vorschlagen, ein Institut älterer Partikularrechte, über welches man längst den Stab gebrochen glaubte [3]). Allerdings ist die Maßregel nicht mit unnöthigen Vexationen auszustatten, namentlich nicht auf zu lange oder gar unbestimmte Zeit [4]) anzuordnen. Auch scheint es keineswegs nöthig, in allen Fällen eine Konfination damit zu verbinden [5]). Wo dagegen nicht wegen der Hauptstrafe ohnedies schon die Folge eintritt, ist es ganz am Platze, Suspension der Wahlrechte darein zu legen [6]). Die überall damit verbundene Folge ist die Befreiung der Haussuchung von ihren gewöhnlichen Beschränkungen. — Eine nicht zu empfehlende, für Deutschland indessen seit der Versteigerung der Marine ohnedies unpraktische [7]) Freiheitsstrafe ist endlich die Deportation [8]).

---

p. 327 sq. Chatagnier du renvoi sous la surveillance. 1849. Mittermaier empfahl das Institut N. Arch. X. 124. 125, erklärte sich später nur gegen seine zu große Ausdehnung eb. XII. 196. 197, noch später wollte er es nur auf die ungebesserten Sträflinge angewandt wissen, eb. 1847. S. 455 ff., jetzt verwirft er es ganz, eb. 1851 S. 593 ff. s. auch den bair. Aussch.ber. z. Art. 29. 30, der aber doch eventuell sich einläßt, und die preuß. Bestimmungen empfiehlt.

1) Interdiktion gewisser Orte und Provinzen ohne Stellung unter poliz. Aufsicht ist natürlich ganz vom Uebel (vollends als Hauptstrafe). Mittermaier im N. Arch. X. 121 ff. s. indessen Oestr. GB. (1852) §. 249.

2) Gegen die franz. Gesetzgebung ist Mittermaier durchaus ungerecht und namentlich in Beziehung auf das Ges. vom Jahr 1832 höchst ungenau. Sein Eifern trifft höchstens Mißbräuche, die im Jahr 1812 vorkamen. s. die besonnene Darstellung bei Hélie I. 211 sq., wo freilich über den rechtlichen Charakter der Maßregel auch Unklarheit herrscht. — Die, auch vom bad. GB. aufgenommene Befreiung gegen Kaution ist nicht zu empfehlen, da sie zum Privilegium des Vermöglichen wird.

3) Stelzer im N. Arch. V. 138 ff. Henke üb. d. gegenw. Zust. d. Krim. R.W. S. 109—116. Wächter Strafarten S. 50—52. s. freilich noch Heffter §. 144. n. 4.

4) Auch die zu vage Bestimmung der Fälle ist zu verwerfen, wie im wirt. GB. Art. 42. s. dag. meine Bem. b. Hufn. III. 54. Zehn Jahre (Preußen, vgl. Hye S. 422) sind zu viel.

5) so in Baiern Art. 36. Wirt. Art. 42—44. Braunschw. §. 22. Hessen Art. 35. 36. Baden §. 25 ff. Thüring. GB. Art. 19. s. dag. Preuß. GB. §. 26—28. Belg. Entw. 1850. Wegen Oestr. (1852) §. 26 a. E. s. Hye S. 422. Zachariä N. Arch. 1853. S. 410. 411. Breidenbach I. 1. S. 466. n. 2 stellt mit Unrecht das hess. GB. in eigentlichen Gegensatz gegen die übrigen (er spricht überhaupt unklar über das Institut). Die der Polizei überlassene Vollmacht ist nicht hoch anzuschlagen.

6) Wirt. Art. 44.

7) s. zwar Henke I. 457. Roßhirt Entw. S. 467.

8) Es kann daher hinsichtlich der Literatur hier auf Mittermaier n. 2 z. F. §. 149 verwiesen werden.

4) Vom positiven gemeinen Recht können hier nur allgemeine Umrisse gegeben werden, die zur Erkenntniß der Grundlagen des heutigen Zustandes unumgänglich nothwendig sind. Alles Nähere ist der geschichtlichen Darstellung zu überweisen.

A. Das römische Strafensystem hat nur in einzelnen Punkten auf das deutsche Recht eingewirkt [1]. Wie es im neusten Rechte vorliegt, läßt es, wie das Kaiserrecht überall, noch die Grundzüge aus der besseren Zeit [2]) durchschimmern, wiewohl entstellt, dem veränderten Bewußtsein fast fremd geworden und mit Auswüchsen überladen [3]). Abgesehen nämlich von den Privatstrafen, gliedert es sich im Ganzen immer noch nach seiner Beziehung auf die existimatio [4]), macht aber in der Regel einen Unterschied zwischen den gemeinen Leuten, resp. den Sklaven, und den höheren Ständen, deren Vorrechte auch Dekurionen und Veteranen hatten [5]).

I. Kapitalstrafen (mit consumtio existimationis),

1) Mit Entziehung der Freiheit und der Civität,

a) Todesstrafe (Enthauptung durch das Schwerdt, früher das Beil, — Verbrennen — furca, früher Kreuzigung, — Säcken — bestiis objici [6]), — b) ludus venatorius und gladiatorius [7]), — c) damnatio in metallum, aa) im e. S. d. h. in die Gruben, auf Zeit (10 Jahre) oder auf immer, bb) lebenslängliches opus metalli, cc) lebenslängliches ministerium metallicorum [8]). — Mit der Verurtheilung zu diesen Strafen trat servitus poenae ein [9]); diese

1) Der Grund liegt nicht allein in der verschiedenen Sitte, Nationalität ꝛc. ꝛc., oder in der direkten Unanwendbarkeit mancher römischen Strafen, sondern hauptsächlich darin, daß zur Zeit der Rezeption der soziale und politische Zustand in Deutschland zwar für die terroristischen Auswüchse des römischen Systems, dagegen nicht für den durch alle barbarische Entstellung immer noch durchscheinenden edlen republikanischen Grundtypus desselben empfänglich war.

2) Das ältere System ist übrigens theilweise noch sehr dunkel. Heffter §. 120.

3) J. Gothofr. Parat. ad C. Th. IX. 40. P. Fabri Semestr. L. II. R. Hommel in Martin Coll. Diss. I. p. 18 sq. Roßhirt Lb. §. 63 ff. Walter Röm. RG. S. 841 ff. Heffter §. 120—123. Rein S. 913 ff. Mittermaier n. 2 z. F. §. 143 (dürftig).

4) Die bloß quantitative Eintheilung von Paulus R. S. V, 17. §. 3 hatte freilich für seine Zeit ihr gutes Recht. — vgl. dag. l. 2 D. de publ. jud. (48. 1). l. 103 D. de V. S. (50. 16). vgl. v. Savigny Syst. II. 213. l. 2 pr. l. 28 pr. §. 1 D. de poen. (48. 19). §. 2 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 5 §. 1—4 D. de extraord. cogn. (50. 13).

5) L. 9 §. 11—15. l. 10 pr. l. 15. l. 16 §. 3. l. 28 §. 2. 5. 16. l. 38 §. 3. 5. 7—9 D. de poen. (48. 19). l. 1. 3 D. de veteran. (49. 18). l. 5 C. de poen. (9. 47).

6) L. 8 §. 1—3. l. 9 §. 11. l. 25 §. 1. l. 28 pr. §. 11. 12. 15. l. 38 §. 1. 2 D. de poen. (48. 19). l. 12 C. eod. (9. 47). l. 3 §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8).

7) L. 8 §. 11. 12 D. de poen. (48. 19). vgl. l. 1 C. de gladiat. (11. 43). l. 1 C. Th. eod. (15. 12).

8) L. 8 §. 4—6. 8. 12. l. 22. 23. 28 pr. §. 5. 6. l. 36 D. de poen. (48. 19). l. 9 C. eod. (9. 47).

9) L. 8 §. 11. 12. l. 12. 17 pr. l. 29. 36 D. de poen. (48. 19). l. 25 §. 3 D. de adqu. v. omitt. hered. (29. 2). l. 8 D. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 6 §. 6 D. de injust. rupt. (28. 3). §. 3 J. de patr. pot. (1. 12). l. 4 C. de bon. proscr. (9. 49). l. 11 D. de jur. fisc. (49. 14). §. 1 J. de cap. demin. (1. 16). Marezoll bürg. Ehre S. 24 ff.

wurde jedoch durch die Nov. 22. c. 8 aufgehoben, so daß es nur bei Entziehung der Civität blieb [1]).

2) Mit Entziehung der Civität,

a) opus publicum perpetuum [2]), — b) deportatio (lebenslänglich, — nur für honestiores) [3]).

Mit allen diesen Strafen war außer den, auch die Fiktion des Todes enthaltenden, Folgen der magna capitis deminutio [4]), zugleich als stillschweigende Folge Vermögenskonfiskation (s. nachher) verbunden [5]).

II. Nichtkapitale Strafen (mit minutio existimationis in verschiedenen Graden [6]);

1) Leibesstrafen —: a) verstümmelnde (von Justinian bis auf das Handabhauen aufgehoben) [7]). b) Züchtigung (fustium admonitio, flagellorum castigatio, vinculorum verberatio) [8]), nur für geringere Leute.

2) Freiheitsstrafen —: a) bloß zeitliche Verurtheilung zum opus metalli, zum ministerium metallicorum oder zum opus publicum [9]), — b) das exilium [10]) in der Form der relegatio an einen gewissen Platz oder der interdictio certorum locorum auf Zeit oder lebenslänglich, im letzteren Fall hie und da (jedoch nicht ipso jure) mit Vermögenskonfiskation, wenigstens theilweiser, verbunden [11])

---

1) s. jedoch Marezoll a. a. O. S. 30 ff. vgl. Wächter Lb. I. §. 100. n. 23. Heffter §. 122.

2) L. 17 §. 1. l. 28 §. 6. l. 34 pr. D. de poen. (48. 19). l. 1. 3 C. eod. (9. 47).

3) L. 2 §. 1. l. 17 §. 1 D. de poen. (48. 19). l. 1 §. 2—4 D. de leg. III. (32). l. 5 §. 3 D. de extraord. cogn. (50. 13). l. 13 D. de bon. poss. (37. 1). l. 7 §. 5 D. de bon. damnat. (48. 20). l. 2 C. de bon. proscr. (9. 49). l. 2. 6 D. de interd. et rel. (48. 22). §. 2. 6 J. de cap. demin. (1. 16). §. 1 J. quib. mod. j. patr. pot. (1. 12). Marezoll bürgerl. Ehre S. 36 ff. v. Savigny Syst. II. 70—73. 162—164.

4) L. 209 D. de R. J. (50. 17). l. 1 §. 8 D. de B. P. c. tab. (37. 4). l. 17 §. 1 D. de poen. (48. 19). l. 5 §. 1. l. 7 §. 5 D. de bon. damn. (48. 20). §. 6 J. de cap. demin. (1. 16). §. 1 J. qu. mod. j. patr. pot. (1. 12). l. 8 C. de poen. (9. 47).

5) L. 1 pr. D. de bon. damn. (48. 20). l. 8 §. 1. 2 D. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 1 C. de poen. (9. 47).

6) l. 28 §. 1 D. de poen. (48. 19). l. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. (50. 13).

7) L. 1 C. de serv. fugit. (6. 1). Nov. 17. c. 8. Nov. 42. c. 1. Nov. 134. c. 13.

8) L. 6 §. 2. l. 7. 10 pr. l. 28 §. 2—5 D. de poen. (48. 19). l. 3 §. 1 D. de off. praef. vig. (1. 15). l. ult. D. de inj. (47. 10). l. 12 D. de decurion. (50. 2). Walter R. Arch. IV. 129. n. 56. Heffter §. 122. n. 19.

9) L. 8 §. 8. l. 28 §. 1. 6 D. de poen. (48. 19). vgl. l. 6 C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

10) Das Wort hat verschiedene Bedeutungen. l. ult. D. de injur. (47. 10). l. 2 D. de publ. jud. (48. 1). l. 5 D. de interdict. (48. 22). P. Fabri Sem. II. c. 5. Walter a. a. O. S. 127. Röm. RG. S. 849. n. 94.

11) L. 1. 4. 5. 7. 14 pr. §. 1. l. 15. 17 pr. §. 1—19. l. 18 pr. l. 19 pr. D. de interd. (48. 22). l. 2 D. de publ. jud. (48. 1). l. 8 §. 3 D. qui test. fac. poss. (28. 1). §. 2 J. quib. mod. j. patr. pot. (1. 12). l. 4 D. de poen. (48. 19). l. 8 C. eod. (9. 47). vgl. l. 13 pr. §. 1 D. de decurion. (50. 2). Otto thes. V. p. 1190 sq. Heyne opusc. IV. p. 268 sq. Spangenberg im N. Arch. XI. 523 ff.

(nur für die höheren Volksklassen), — c) vincula publica, carcer, custodia, gegen Freie nicht lebenslänglich [1]), was aber gegen Sklaven erlaubt war.

3) Ehrenstrafen —: a) zeitliche oder bleibende Ausstoßung aus dem Senate oder der Kurie [2]), Ausschließung resp. Suspension von allen oder von gewissen Ehrenämtern [3]), zeitliche oder immerwährende Interdiktion eines Standes oder Gewerbes [4]), — b) die infamia, d. h. eine auch außer dem Gebiete des Strafrechts (z. B. wegen verächtlichen Gewerbs, wegen unsittlicher Handlungen in Beziehung auf das Geschlechtsverhältniß, beim Gant ꝛc.), insbesondere nun aber auch infolge strafrechtlicher Verurtheilungen [5]) eintretende Verminderung der Rechtsfähigkeit in einem bestimmten, bei den sonst hier unter II. 1 — 3. a. aufgeführten Strafen nicht vorkommenden Grade, und zwar in einem doppelten [6]) —: aa) als die Eigenschaft eines improbus et intestabilis, im neusten Recht nur noch bei einigen bestimmten Verbrechen eintretend und Zeugnißunfähigkeit, sowie Entziehung der aktiven und passiven testamentifactio in sich schließend [7]), — bb) als eigentliche infamia, bestehend in der lebenslänglichen Entziehung der öffentlichen Rechte des Bürgers (honores und suffragium) und in der Beschränkung des jus postulandi [8]), von welchen Wirkungen jedoch die erste in der Kaiserzeit in Beziehung auf suffragium ganz wegfiel und in Beziehung auf honores nicht in ihrer alten Strenge sich erhielt [9]). Im Strafrecht trat dieselbe, — mithin als Strafe [10]) — ein bei jeder Verurtheilung wegen

---

1) ausgen. l. 28 §. 14 D. de poen. (48. 19). s. überhaupt l. 8 §. 9. 13. l. 33. 35 D. eod. l. 6. 10 C. eod. (9. 47). vgl. l. 3 §. 5 D. de testib. (22. 5). Ueber einfachen Hausarrest s. l. 9 D. de interdict. (48. 22).

2) L. 2. 3 D. de senat. (1. 9). l. 2 §. 1. 2. 5. l. 3 §. 1. l. 5 D. de decurion. (50. 2). l. 15 pr. D. ad municip. (50. 1). l. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. (50. 13). §. 5 J. de cap. dem. (1. 16).

3) l. 7 §. 21. 22 D. de interdict. (48. 22).

4) L. 8 pr. l. 9 pr. §. 1—10 D. de poen. (48. 19). l. 1 §. 13 D. de off. praef. urb. (1. 12). l. 1 C. de his qui in exil. (10. 59). l. 7 §. 20 D. de interd. (48. 22). l. 3 C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

5) nicht auch wegen erlittener Strafen als solcher, wie es nach l. 6 C. ex quib. caus. inf. (2. 12) scheint; s. dag. l. 22 D. de his qui not. (3. 2). A. M. Marezoll. bürg. Ehre S. 150 ff. Wächter Lb. I. §. 100. n. 28. s. aber Heffter §. 170. n. 4. §. 173. n. 10 u. die meisten Neueren.

6) Drei Grade unterscheidet ohne Grund Birnbaum N. Arch. 1844. S. 167. n. 28.

7) §. 6 J. de testam. ord. (II. 10). l. 5 §. 9. 10 D. de injur. (47. 10). l. 18 §. 1. l. 26 D. qui test. fac. poss. (28. 1). Marezoll a. a. O. S. 85 ff. Heffter §. 172. Ohne Grund bringt Birnbaum a. a. O. n. 27 damit die in turpitudine notabiles l. 1 §. 5 D. de postul. (3. 1) in Verbindung.

8) v. Savigny Syst. II. 186—224. vgl. Zimmern Röm. RG. I. §. 127 ff. Burchardi de infamia p. 22 sq. 32—34. 55 sq. Ders. Rechtssyst. d. Römer S. 272. Marezoll a. a. O. S. 205 ff. Wächter Strafarten ꝛc. S. 218 ff. Birnbaum a. a. O. S. 166. n. 26.

9) In dieser Beziehung geht v. Savigny offenbar zu weit, wogegen seine Polemik gegen manche der Infamie zugeschriebenen Folgen, sowie gegen die sog. infamia facti ꝛc. ꝛc. sehr gerechtfertigt ist. Ueber die früher eingetretene Beschränkung der Fähigkeit zur Ehe s. S. 219—221. 516 ff.

10) A. M. v. Savigny S. 195. s. dag. Walter N. Arch. IV. 130. Röm. RG. S. 850. Birnbaum S. 162. s. bes. l. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. (50. 13).

Kindern ein Theil (die Hälfte) des Vermögens gelassen wurde [1]), worauf endlich Justinian beim Vorhandensein von Descendenten oder Ascendenten bis zum dritten Grade (wieder mit Ausnahme des crim. maj.) das Recht des Fiskus ganz aufhob (auch sollte die Frau die dos ꝛc. erhalten). Singulär ist die hie und da vorkommende Vermögenskonfiskation zu Gunsten eines betheiligten Privaten [2]), sowie die Einziehung der dos in 5 Fällen [3]).

B) Noch weniger allgemeine praktische Bedeutung hat das Strafensystem des kanonischen Rechts [4]). Es unterscheidet 1) poenae medicinales oder Censuren (Exkommunikation, Interdikt, Suspension der Geistlichen), — und poenae vindicativae oder eigentliche Strafen (Geldbuße [5]), Gefängniß [6]), körperliche Züchtigung [7]), Entziehung des kirchlichen Begräbnisses [8]), Verweisung) [9]), — und bei Geistlichen Deposition, Degradation und unter Umständen Suspension. 2) Gemeine Strafen für Kleriker und Laien (Bußen und Pönitenzen, Entziehung des Begräbnisses, Geldbußen, Gefängniß, Züchtigung, Verweisung, kleinere und größere Exkommunikation, Interdikt), und besondere Strafen für die Kleriker (Suspension, Exil, Einsperrung, Deposition, Degradation). 3) Censurae ferendae und latae sententiae. — Was die Strafen der Geistlichen betrifft, so s. das Kirchenrecht. Gegenüber von Laien wendet die katholische Kirche zwar noch in unsern Tagen die Exkommunikation und die Entziehung des Begräbnisses an; aber der moderne Staat wird wohl thun, sich zu erinnern, daß das Mittelalter vorüber ist (s. ob. §. 26).

C. Deutsches Recht. — Was Tacitus als öffentliche Strafe erwähnt, ist nicht in diesem Sinne aufzufassen [10]). Wie dem aber sei, d. h. ob nun die in den

---

1) l. 1 §. 1—3. l. 7 pr. §. 2—4 D. de bon. damn. (48. 20). l. 10 C. de bon. proscr. (9. 49). Nov. 17. c. 12 (vgl. Hugo RG. 11. A. S. 1140. n. 1). Nov. 134. c. 13. vgl. Tit. C. Th. de bon. proscr. (9. 42) u. J. Gothofr. ad h. t. Bruckner de confisc. bon. 1755. Marezoll bürg. Ehre S. 39 ff. 56 ff.

2) s. z. B. l. un. C. de rapt. virg. (9. 13).

3) l. 3 D. de bon. damn. (48. 20). vgl. l. 4. 5 ib. — Ueber den Zeitpunkt des Eintritts der Vermögenskonfiskation u. die ganze Gestaltung des Rechtsverhältnisses des Fiskus dabei s. Marezoll a. a. O. S. 63 ff. Martin §. 94. Wächter Lb. I. S. 183. 184. — Ueber die poenae propriae der Soldaten s. Walter Röm. RG. S. 852. 853.

4) J. H. Böhmer Jus eccl. Prot. V, 5. tit. 37—39. Walter Kirch.R. §. 197 ff. Richter Kirch.R. §. 198—204.

5) c. 2. 3 X. de poen. (5. 37). vgl. Morinus de sacram. poenit. X. c. 16 sq. Conc. Trid. Sess. 25. de ref. c. 3.

6) Dist. 50. c. 7. Dist. 82. c. 5. Csa. 21. qu. 2. c. 2. c. 6 X. de poen. (5. 37).

7) Dist. 45. c. 7. 8. Csa. 23. qu. 5. c. 1. Csa. XI. qu. 1. c. 6. c. 2 X. de adult. (5. 16). c. 1 X. de calumn. (5. 2). c. 4 X de rapt. (5. 17).

8) c. 12 X. de sepult. (3. 28).

9) Conc. Aurel. IV, c. 29. c. 1 X. de calumn. (5. 2). Auch erkannte das Kan. Recht nicht nur die röm. Infamie (s. z. B. Csa. 6, qu. 1, c. 2. 17. — c. 54 X. de testib. (2. 20), sondern auch die Strafe der Brandmarkung an. c. 3 X. de crim. falsi (5. 20).

10) s. meinen Art. in d. Zeitschr. f. Deutsch. R. XIV. 367 ff. vgl. auch Wilda S. 196. 197. 267. 268. 280. Von den Volksrechten ist es nur das sächsische, welches in seinem Systeme wahrer und strenger öffentlicher Strafen offenbar ein älteres Herkommen bewahrt. Da aber dasselbe hierin isolirt steht (im Vergleich mit andern

Volksrechten vorkommenden wirklichen öffentlichen Strafen in dieser Bedeutung als ursprünglich, oder nur als Reste ursprünglicher Formen der Racheübung Seitens der Gemeinde [1]) zu betrachten seien, — so ist soviel gewiß, daß es in der fränkischen, durch die Herrschaft des Bußsystems sich charakterisirenden Zeit an wirklichen öffentlichen Strafen, bei den verschiedenen Stämmen freilich in verschiedenem Umfang, nicht fehlte und daß diese im Laufe der Zeit dem Bußrecht nach und nach den Boden abgruben. Daraus aber, daß dies damals und im MA. in weitüberwiegendem Maße nur bei den geringeren Volksklassen geschah [2]), erklärt sich großentheils die so oft empörende Barbarei des vielfach aus dem Züchtigungsrecht gegen Unfreie [3]) erwachsenen deutschen Strafrechts [4]). Die Volksrechte und die Kapitularien enthalten

I. Todesstrafe [5]), meist in ganz unbestimmter Art angedroht (moriatur, occidatur ꝛc.). Als einzelne Arten kommen vor: Enthauptung (selten erwähnt), Hängen [6]) (besonders als Diebstahlsstrafe), Rädern (Radbrechen, auf's Rad legen), Verbrennen, Steinigen, Lebendigbegraben (im Sumpf ersticken, Pfählen), Ertränken (beide letzteren Strafarten besonders für Weiber); nicht in den Rechtsquellen, sondern in andern mit Vorsicht aufzunehmenden Berichten ist die Rede von Viertheilen, Schleifen durch Pferde, Sieden ꝛc. Todesstrafen sind hie und da durch Leibesstrafen geschärft [7]).

II. Leibesstrafen —: 1) Verstümmelnde (Abhauen von Füßen, Händen, von beiden zusammen, einzelnen Fingern, Ausreißen der Augen, Abschneidung der Nase, der Ohren oder von Nase und Ohren, Entmannung [8]), Ausschneiden der Zunge, Ausbrechen der Zähne, Abziehen der Haut mit den Haaren (vorzugsweise infamirend), Messerdurchstich) [9]). 2) Geißelung und Stäupung (ursprünglich knechtische Strafe).

---

reingermanischen Rechten), so ist es gewiß — namentlich im Hinblick auf das angelsächsische Recht — richtig, wenn Wilda dies als eine Eigenthümlichkeit ansieht und daraus erklärt, daß das sächsische Gemeinwesen ein durch Waffengewalt gegründetes gewesen sei. S. 99—102.

1) s. bes. Cap. Sax. 797. c. 8. (P. I. p. 76).

2) vgl. Wilda S. 487. 508. 513.

3) Wilda S. 510. 512 u. sonst.

4) s. überhaupt Grimm R.Alterth. S. 680 ff. Dreyer Antiqu. Anm. üb. einige in dem mittl. Zeitalter in Deutschland ꝛc. üblich gewesenen Strafen. Wilda S. 495 ff.

5) In der Häufigkeit der Androhung unterscheiden sich die Volksrechte sehr von einander, theilweise auch die karolingischen und die merovingischen Gesetze. vgl. z. B. die l. Sax. mit der l. Fris., mit der l. Baj. II, 1. §. 3. 4 ꝛc. die decretio Childeb. 596. c. 5. 7. mit dem Cap. Franc. 779. c. 23., dem Cap. Saxon. ꝛc. ꝛc. Dagegen ist wohl auf solche Stellen, wie l. Baj. I, 7. §. 3. Aethelr. Ges. IV. c. 11 kein Gewicht zu legen.

6) s. auch Dreyer Nebenstunden S. 184 ff. Cropp in d. krim. Beitr. II. S. 319 ff. Mit Unrecht behauptet Zöpfl RG. II, 1. §. 128, das Hängen sei die deutsche Nationalstrafe gewesen.

7) s. z. B. L. Fris. add. III. t. 12.

8) Ursprünglich nur für Knechte, wenigstens bei den Franken und Angelsachsen. Wilda S. 510.

9) Die materielle Talion kennt nur die l. Wisig. VI, 4, 3. vgl. Aelfreds Ges. 19. Cap. 835. c. 2. (P. I. p. 370). Um so häufiger findet sich dagegen der Gedanke der sog. analogen Talion ausgedrückt.

III. Freiheitsstrafen: 1) Strafhörigkeit, theils als bloße Schuldgebundenheit, theils als wahre Knechtschaft für solche, welche die Buße nicht aufbringen können, aber außerdem auch als selbständige in öffentlicher Knechtschaft bestehende Strafe, — 2) Verbannung, als arbiträr vom König zu bestimmende Surrogatstrafe, — 3) zeitliche oder lebenslängliche Gefängnißstrafe [1]).

IV. Ehrenstrafen [2]). Eine gänzliche Vernichtung der Persönlichkeit und damit aller bürgerlichen Rechte lag in der Friedlosigkeit, die aber weder in ihrer älteren (in den deutschen Rechtsquellen verschwundenen) [3]), noch in ihrer neueren Form als prozessualisches Institut unter die Strafen im eigentlichen Sinne gehört [4]). Die Rechtlosigkeit, d. h. die an die Verurtheilung wegen Verbrechen gebundene Verminderung der Rechtsfähigkeit, wie sie in den Rechtsquellen des MAs erscheint, ist in denen der fränkischen Zeit noch nicht ausgebildet [5]). Man ersieht übrigens aus einem Kapitular, daß sie mit Kapitalverbrechen verbunden war und Unfähigkeit zum Zeugniß, zur Urtheilsfindung und zum Eid bewirkte [6]). Verurtheilung wegen Meineids oder falschen Zeugnisses machte insbesondere zum Zeugniß und Unschuldseid unfähig [7]). — Von symbolischen (beschimpfenden, beschämenden) Ehrenstrafen kommt außer der unter II. genannten Strafe der Hautabziehung, dem Brandmarken (longob. u. angelſ. Recht) und dem Abscheeren der Haare bei der Geißlung [8]) in den kontinentalen Rechtsquellen [9]) fast nichts vor [10]).

V. Vermögensstrafen (abgesehen von Buße, Wergeld und Friedensgeld s. die Gesch.). Die Rechtsquellen der fränkischen Zeit kennen sowohl theilweise [11]) als gänzliche [12]) Vermögenskonfiskation, d. h. ausdrückliche. Als Selbstfolge von Kapitalstrafen wird sie nur bei den salischen Franken erwähnt [13]), aber bald nachher aufgehoben [14]).

Im Mittelalter trat der Kampf des unter den fränkischen Herrschern ange-

---

1) s. die Stellen b. Wilda S. 516. n. 2. 3. S. 517. n. 2. S. 518. n. 2—4. Zöpfl RG. II, 1. §. 129 kennt nur Lebens- und Leibesstrafen in dieser Periode.

2) Budde über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. 1842. Hillebrand üb. d. gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerl. Ehre. 1844. Zöpfl RG. II, 1. §. 132.

3) Wilda S. 278 ff.

4) Gerber Deutsch. Priv.R. §. 39. n. 3.

5) Ueber das norweg. Recht s. Wilda S. 304. n. 2.

6) Cap. Aquisgr. 809. c. 1. (P. I. p. 155). vgl. L. Wisig. II, 4, 1.

7) s. Stellen bei Wilda S. 523. n. 1.

8) Cap. 805 in Theod. villa II. c. 10. (P. I. p. 183). Cap. 817. c. 16. (P. I. 212).

9) Ueber Werfen mit Steinen und Koth, Bestreichen mit Theer und in Federn Wälzen nach nordischen Rechten s. Wilda S. 505.

10) s. übr. L. Burg. add. I, 10 und die reiche Sammlung bei Grimm S. 711 ff. und Dreyer S. 115 ff.

11) L. Alam. 38, 3.

12) L. Alam. 25. 39. 40. L. Baj. II, 1. §. 1. 3. L. Rip. 69, 1. 2. L. Liutpr. 32—35. L. Burg. add. I. c. 15. §. 3.

13) Cap. Aquisgr. 809. c. 1. (P. I. p. 155). s. dag. L. Rip. 79.

14) Cap. Aquisgr. leg. add. 817. c. 1. 7. (P. I. p. 211). Irrig ist es, wenn Wilda S. 292 dies mit der Acht L. Sal. em. 49 in Verbindung bringt, die (s. o.) gar nicht hierher gehört (s. auch S. 521. 522).

bahnten öffentlichen Strafrechts gegen das alte Rache- und Bußrecht in eine neue Phase. Letzteres trat von Neuem mit Macht hervor, und in der ersten Verwirrung sogar allgemein [1]), und ersteres konnte nur nach langen, tiefgreifenden, alle gesellschaftlichen und staatlichen Verhältnisse umwälzenden Erschütterungen zu einer noch am Ende des MAs keineswegs durchaus anerkannten Herrschaft gelangen [2]). Die Hauptschwierigkeit lag dabei in der gänzlichen Zersplitterung des Rechts nicht nur der Lokalität, sondern auch den verschiedenen gesellschaftlichen Klassen nach, welche Verschiedenheit je nach den Ständen, Fürsten, Rittern, Städtebürgern, Bauern, je nach dem Mischungsverhältniß der freien und unfreien Bevölkerung unter einem Gerichtsbann, je nach dem höheren oder geringeren Grade der Entwicklung der aufsteigenden Landeshoheit ꝛc., die größte Verschiedenheit in Beziehung auf die Entwicklung der strafrechtlichen Energie bedingte. Daher ist das System der öffentlichen Strafen im MA. theilweise noch immer, wie im fränkischen Reich, ein bloß subsidiäres (für die bevorzugten Klassen), während es für die niederen Stände mehr und mehr das regelmäßige wurde [3]); in keinem Falle lassen sich allgemeine Regeln aufstellen [4]), sondern höchstens einige Grundzüge angeben, welche die auf's Bunteste ausschweifenden Gestaltungen zusammenhalten [5]). Hievon erscheint als das Wichtigste Folgendes. Am Ende der Periode ist das alte Racherecht völlig und das im Laufe derselben entstandene Faustrecht nahezu verschwunden und unter den Auspizien der endlich konsolidirten Landeshoheit das Prinzip des öffentlichen Strafrechts wenigstens im Ganzen anerkannt. Wenn nun gleich Reste des alten Herkommens sich noch über das Ende der Periode hinaus erhielten, so wurde doch im Laufe derselben dem Kompositionsrechte seine rechtliche Wurzel abgegraben. Es wurde von der Regel zur Ausnahme, nicht nur auf faktische Weise (was früher ebenso der Fall gewesen war) bei geringeren Leuten, weil sie insolvent waren [6]), sondern rechtlich und in allgemeiner Weise. Während nämlich früher die Sühnbarkeit der Rechtsverletzung als die Regel gegolten, und bei der Sühne das Friedensgeld eine der Buße analoge Natur gehabt hatte, so wurde im Verlaufe des MAs nach und nach der umgekehrte Satz herrschend, daß mindestens die schwereren Verbrechen als un-

---

1) s. z. B. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. II. 60—66. Blumer St. u. RG. d. schweiz. Demokr. I. 156. 395 ff. 421—429. Bluntschli St. u. RG. von Zürich I. 240. 410. 411. v. Arx Gesch. von St. Gallen II. 610—614. Warnkönig flandr. RG. I. 160. 161. 181 ff.

2) s. die gesch. Darst. und vgl. vorläufig meinen Art. in d. Zeitschr. f. deutsch. R. XII. S. 33 ff.

3) Selbst dies läßt sich nur im Allgemeinen sagen, da beide Sätze je nach Umständen die merkwürdigsten Ausnahmen erleiden.

4) s. z. B. Zöpfl RG. II, 1. §. 130. Eichhorn §. 379. 380. 459 legt auf seine Angaben selbst kein Gewicht. Richtig Roßhirt Gesch. u. Syst. I. 60 ff. 153 ff. Namentlich geben die Rechtsbücher nur Abstraktionen, denen die wirklichen Zustände großentheils nicht entsprachen.

5) Gewisse Punkte, wie der Galgen für den Dieb, das Rad für den Mörder, sind ohne Zweifel ganz allgemein. Ebenso scheint es mit der Unterscheidung des großen und kleinen Diebstahls, des Mords und Todtschlags in der Strafbarkeit; allein hier finden sich schon Abweichungen; s. die Nachrichten über Kiel b. Carstens und Falck staatsb. Mag. IV, 1. S. 205 ff. P.G.O. Art. 137 u. s. f.

6) Bamb. Stadtr. §. 171. Wormſ. Ref. VI, 2. Tit. 17.

sühnbar zu betrachten seien, mithin eine hier stattfindende Lösung als Ausnahme, als eine von der misericordia domini ausgehende Gnade betrachtet werden müsse [1]). Wenn dann aber gleich hiebei die Konvenienz erforderte, diese Gnade nur unter der Bedingung zu gewähren, daß zugleich auch der Gegner gütlich abgefunden werde, so war doch diese Abfindung jetzt die Nebensache und die an das Gericht zu entrichtende Geldsumme nahm den Charakter einer subsidiär eintretenden wahren Geldstrafe an [2]). Daher trat auch bei denjenigen Vergehen, welche noch immer (wenn auch an Zahl mehr und mehr abnehmend) als zunächst Wette und Buße nach sich ziehend betrachtet wurden, die erstere in den Vordergrund, und es war nun ganz folgerichtig, der Geldstrafe im Falle der Insolvenz andere öffentliche Strafen zu substituiren [3]). Besonders wichtig aber war der Grundsatz, daß alle Delikte, deren Strafe an Hals und Hand, Haut oder Haar gehe, immer, d. h. auch dann rechtlos machen, wenn die Strafe gelöst werde [4]). Denn hiemit war der kriminelle Charakter jeder bloß subsidiären Geldbuße ausgesprochen und das Gebiet des eigentlichen Strafrechts gegenüber der fränkischen Zeit unendlich erweitert. Die Vermittlung dieses Resultats gieng nun aber je nach den ob. bezeichneten Bedingungen auf die verschiedenste Weise, rascher oder langsamer, vollständiger oder unvollständiger vor sich [5]) (am entschiedensten in den Städten) [6]).

---

1) Dies ist die Auffassung der Rechtsbücher. Sächs. LR. II. 13. j. I. 38 §. 1. 65. §. 2. III. 50. Wenn Warnkönig flandr. RG. III. 163. 171. 229 das Kompositionssystem als das im 13. Jahrh. in Flandern noch herrschende angiebt, so widerspricht er seiner eigenen Darstellung. Auch Zöpfl schlägt die Bedeutung der Leibesstrafen selbst im bamb. Rechte, und vollends im deutschen Recht überhaupt zu gering an. s. dann aber jedenfalls die Tirol. Malef.O. (Zöpfl S. 163. 164), die Wormf. Ref. u. a. Gesetze aus dem Ende der Periode.

2) s. Warnkönig flandr. RG. III. 162. 230. 240—245. Anh. S. 61 ff. Bamb. Stadtr. §. 160. 161. 177. 178. Stellen bei Blumer I. 412 ff. vgl. S. 159. Zöpfl Bamb. R. S. 17. nr. 54. Bluntschli RG. v. Zürich I. 240—242. 365. 407. II. 49—53. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. II. 299. 300. Stadtr. v. Kolmar 1293. art. 18—20. 26 (Gaupp I. 118—120). Kur-braunschw.-lüneb. LOen. II. 663. Freiburg. Stift.brief 1120. art. 31 (Gaupp II. 24). Berner Handfeste 1218. art. 39 (eb. 52). Handf. v. Freib. im Uechtland 1249. art. 78 (eb. 96). Burgdorf Handf. 1316. art. 118. (eb. 133). Stadtr. v. Dattenried 1358. art. 20. 26 (eb. 179. 180). Murtner Stadtrodel art. 11. (eb. 154.)

3) s. Warnkönig a. a. O. S. 229 ff. Recht von Winterthur 1264. art. 13 (Gaupp I. 137). Blumer I. 418. Zöpfl Bamb. R. S. 122. n. 3. Wo es sich um geringere Delikte handelte, ließ man Verweisung (diese auch bei größeren) oder Gefängniß an die Stelle der Geldstrafe treten. Blumer a. a. O. und S. 427. vgl. Stellen des Hamb. Rechts bei Trummer Vorträge III, 1. S. 139. 140. Kyburg. Offn. Art. 10—20 (Grimm Weisth. I. 19). Offn. v. Niederbüren 1469 (eb. 222, dritter Art. v. unt. vgl. 230 unt. 244. 282). Kirchzartner Dingrodel 1395 (eb. 333).

4) Sächs. LR. I. 38 §. 1. 65 §. 2. Rechtsb. n. Dist. IV, 24. Schwäb. LR. Art. 100. vgl. Göschen Gosl. Stat. S. 364. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. 157 (?).

5) Dabei ist nie zu vergessen, daß gegen Verbrecher in den höchsten Regionen der Gesellschaft das Strafrecht wenigstens in der Form der Aechtung (des Kriegs) praktisch war (s. das Beisp. b. Sattler Gesch. d. Herz. z. Wirt. I. 185. 223 Beil. n. 90. 91) und daß das Lehensrecht einigermaßen ergänzend eingriff.

6) Ueber das in den Städten gebräuchliche eigenthümliche Mittelding der Verweisung s. Zöpfl Bamb. R. S. 112. n. 6. S. 113. n. 7—9. Jäger schwäb. Städte-

Es kann daher ein nach dem Gesammtergebniß entworfenes Strafensystem des MAs nicht als das Bild eines allenthalben, ja nicht einmal als das Bild eines auch nur irgendwo vollkommen so vorhandenen wirklichen Zustandes angesehen werden [1]). Die einzelnen Strafarten finden sich nicht überall gleichmäßig vor und bei denen, welche sich an bestimmter Stelle vorfinden, kam es wieder darauf an, inwieweit der Grundsatz der Ablösbarkeit praktisch, ob sie Regel oder Ausnahme war. Zudem waren aber die Strafgesetze nur zu oft auf's äußerste unbestimmt, so daß die Strafgattung oder wenigstens die Strafart dem Richter (letztere sogar wohl dem Nachrichter) [2]) zur Auswahl überlassen blieb, wie denn überhaupt das richterliche Ermessen die gefährlichste Weite hatte [3]). Was nun die Strafarten im Einzelnen betrifft, so gehört die Aufzählung der unendlich vermannigfachten, zum Theil grausamsten Lebens- und Leibesstrafen [4]), sowie der aus unendlich reich wuchernder Phantasie hervorgegangenen unzähligen sinnlich drastischen Ehrenstrafen mehr der Sitten- als der Rechtsgeschichte an, welche in allem diesem nur das Produkt einer rohen, mit dem Ende des MAs noch lange nicht abgeschlossenen, Entwicklungsperiode zu registriren hat. Dagegen ist zu bemerken, daß das Institut der Rechtlosigkeit als einer infolge der Verurtheilung wegen gewisser Verbrechen, resp. zu gewissen Strafen [5]) eintretenden Ehrenstrafe sich während des MAs bestimmter, wenn auch nicht mit hinreichender juristischer Schärfe [6]), ausbildete. Sie bewirkte Entziehung des Unschuldseides, des Wergelds, des Rechts, Schöffe, Vorsprecher, Zeuge, Richter, Vormund zu sein und wohl überhaupt solcher Rechte, welche auf der Voraussetzung besondern Vertrauens beruhten [7]). Die Ehrlosigkeit war die aus Verbrechen, die ein besonderes Band der Treue oder der Ehre verletzten, entspringende Recht-

---

wesen I. 120. 121. Blumer I. 402—404. 418. Warnkönig a. a. O. S. 173—181. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. II. 289. 305. Thomas Oberhof von Frankfurt S. 28. Bluntschli RG. v. Zürich I. 409. n. 150. Oeffn. z. Neukilch 1330 (Grimm Weisth. I. 297).

1) A. M. Freudentheil N. Arch. 1838. Beil.H. S. 15.

2) Tengler Laienspiegel Fol. 144. vgl. Dreyer a. a. O. S. 81. n. 4. Lüneburg. Unterricht ꝛc. ꝛc. 1564 in Puffendorf proc. crim. app.

3) vgl. Blumer I. 408 (über die „Fürbitten"). Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 28—30.

4) Wenn Dreyer S. 24 und Mittermaier N. Arch. IX. 51. 52 meinen, viele dieser in Rechtsquellen vorkommenden Strafen seien (als Aussinnungen eines unglücklichen Bauernwitzes) bloße „Schreckenberger" gewesen, die gar nicht auf den Vollzug berechnet gewesen und auch nicht zum Vollzug gekommen seien, so ist dies doch wohl sehr willkürlich. Daß man es mit dem Prinzip der materiellen Talion ernstlich nahm, zeigt das flandrische Strafrecht. s. auch schwäb. LR. 176.

5) Es ist ebenso unrichtig, nur das Erste (Zöpfl RG. II, 1. §. 132), als nur das Zweite (Jarcke I. 282. n. 17) anzunehmen. Sächs. LR. I. 38 §. 1, 39, 65, §. 2. II. 13 §. 1, 19 §. 2. III. 28 §. 2, 45 §. 9. Schwäb. LR. 41. 48. 100. Const. pac. 1235. art. 11 (P. II. p. 315). Rsbuch n. Dist. IV, 24. Göschen Gosl. Stat. S. 114. Sächs. Dist. b. Pölman IV, 14. d. 14. 15. Görlitzer Landr. 41 §. 1, 47. §. 15.

6) Viel zu weit geht Trummer Vortr. III, 1. S. 123 ff.

7) Sächs. LR. I. 39. 51 §. 3. II. 12, §. 3, 36, §. 4. III. 28 §. 1, 45 §. 11, 65 §. 1, 70 §. 1. vgl. II. 26 §. 2. 3, 36 §. 1. Richtsteig. Ldr. 33. 52. Schwäb. LR. 48. 64. 91. Rsb. n. Dist. III, 1, d. 1. V. 2. d. 1. Rig. Ritterr. 38. Sächs. LehnR. Art. 2. Göschen S. 347—350. 355—357. 363—365.

losigkeit [1]). Es kommen aber auch außer dieser ipso jure eintretenden Ehrenschmälerung eigene in größerer oder geringerer Verminderung der Rechtsfähigkeit bestehende Ehrenstrafen vor [2]). — Am wenigsten unter allen Strafarten waren die Freiheitsstrafen entwickelt, sofern sie in Einsperrung bestehen [3]), wogegen die Landesverweisung eine sehr häufige Strafe war, die aber ihre kriminelle und zugleich polizeiliche, resp. prozessualische (achtähnliche) Zwitternatur noch immer beibehielt [4]). Den faulsten Fleck des Strafwesens bildeten aber die Vermögensstrafen. Zwar haben die Rechtsbücher die einfache Geldstrafe meist ganz richtig auf kleinere Frevel, Zollfrevel, Selbsthilfe, Ungehorsam, Uebertretung von Prozeßvorschriften, Eigenthumsbeeinträchtigungen, die nicht Diebstahl sind ꝛc. ꝛc., beschränkt [5]). Allein nicht nur müssen sie selbst den Mißbrauch der Lösung auch der schwersten Strafen um Geld anerkennen [6]), sondern die Gesetze hielten sich großentheils schon von vorn herein nicht an jene Grenze, setzten vielmehr Geldstrafe principaliter auch auf schwerere Fälle [7]), und die Praxis vollends trieb vielfach den Mißbrauch des Strafschachers auf's Aeußerste [8]). Was die Konfiskation des Vermögens betrifft, so wird sie als Selbstfolge einer Kriminalverurtheilung von den Rechtsbüchern ausdrücklich verworfen [9]). Allein auch hieran hielt sich die Praxis nicht [10]). An der Zuläßigkeit ausdrücklicher Vermögens-

---

1) Sächs. LR. I. 40. III. 84 §. 2. Richtst. LdR. 33, 51. Schwäb. LR. 49. vgl. KaiserR. III. 5. 7. IV. 1. Berner Handf. 1218. art. 33 (Gaupp II. 51). Freilich sind die Ansichten hierüber sehr verschieden. vgl. Eichhorn RG. §. 349. Zöpfl a. a. O. Marczoll bürgerl. Ehre S. 290—316. Budde über Rechtlosigkeit. Gerber Deutsch. Priv.R §. 39. Haken üb. d. Begriff der Ehre. S. 21.

2) Urkunden bei Blumer I. 408. 409 (Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern; — Ausstoßung aus Rath und Gericht nebst Zeugnißunfähigkeit; — 3jährige Ehrlosigkeit, bestehend in Ausschluß vom Zeugnisse, vom Besuche ehrlicher Gesellschaften und vom Weintrinken. s. auch wirt. Ges. b. Wächter Strafarten S. 213. n. 5.

3) Daher kommt Gefängniß selten als selbständige Strafe, meist vielmehr nur als Surrogat einer Geldstrafe bei Insolventen oder auch als Mittel, um einen Abtrag in Geld zu erpressen, sowie als Sicherungsmittel vor. vgl. z. B. Köln. Dienstr. b. Fürth die Ministerialen S. 386—388. Bluntschli RG. v. Zürich I. 365. 407. Trummer Vortr. I. 401. Blumer I. 418. 427. 428. Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 43. 44. Auffallend häufig wird Kerkerhaft im Kaiserrechte erwähnt.

4) s. die Beisp. von 1447 und 1464 bei Blumer I. 403. 404. s. auch S. 427. Warnkönig flandr. RG. III. 172. n. 540. S. 173 ff. Malblank a. a. O. S. 37.

5) vgl. Sächs. LR. I. 53 §. 1, 62 §. 3. II. 6 §. 3, 8, 11 §. 1, 14 §. 1, 16 §. 4, 8, 9, 27 §. 1. 4, 28 §. 1. 2, 29. III. 23, 37 §. 1, 86 §. 1.

6) Sächs. LR. I. 38 §. 1, 65 §. 2. II. 13 §. 1. III. 64 §. 11 (wo die Bauern das Geld vertrinken sollen).

7) Fast alle mittelalterlichen Quellen können mehr oder weniger zum Beispiel dienen. Aber die strafrechtliche Energie ist sehr verschieden in der Entwicklung vorgeschritten.

8) Zasius Opp. 1580. I. p. 178. Harpprecht Staatsarchiv III. 315. 383. Bamb. Art. 272.

9) Sächs. LR. II. 31 §. 1. Schwäb. LR. 198. vgl. Bamb. RathsVO. 1318 b. Zöpfl Anh. V. nr. 57. Stadtr. §. 183. Stadtr. v. Hagenau 1164. art. 12—16 (Gaupp I. 98. 99). Altdorf. Hofrodel 1439. art. 65 (Grimm Weisth. I. 17).

10) P.G.O. Art. 218. Auch in Bamberg galt der §. 183 nur als Vorrecht der Bürger. Zöpfl S. 128. Uebrigens führt dieser S. 116. n. 16 mit Unrecht auch Ruprecht c. 19 (Maurer) und das Freib. Stadtrod. §. 45, sowie Blumer I.

konfiskationen wurde ohnedies nicht gezweifelt. — Nach Allem diesem darf es denn nicht verwundern, wenn auch das Strafensystem der PGO. noch sehr roh ist, ganz davon abgesehen, daß sie dasselbe in Beziehung auf die Wahl der einzelnen Strafart innerhalb der allerdings absolut festgesetzten Strafgattung für nicht bindend erklärt [1]). Auch sie kennt noch eine Reihe qualifizirter Todesstrafen [2]) (Verbrennen, Rädern, Viertheilen, Lebendigbegraben und Pfählen, Ertränken, Schleifen zur Richtstätte, Reißen mit glühenden Zangen), desgleichen verstümmelnde Leibesstrafen und die Stäupung [3]). Von Freiheitsstrafen kennt sie die Konfination und in reichem Maße die (gewöhnlich mit Pranger und Stäupung verbundene) Landesverweisung; dagegen nur in geringem die Gefängnißstrafe (nur als zeitliche [4]); und auch diese nur als Surrogat für Geldbuße) [5]). Unter den Ehrenstrafen erwähnt sie den Pranger, die Abbitte [6]), und die Ehrlosigkeit. (Andere Reichsgesetze erwähnen noch Anschlagen des Namens an den Galgen, andere Beschimpfungssymbole, unehrliches Begräbniß, Unfähigkeit zu Aemtern und Würden) [7]). Endlich kennt sie theils Geldstrafen [8]), theils Konfiskationen einzelner Vermögensgegenstände [9]), oder des ganzen Vermögens [10]) (jedoch nicht stillschweigende) [11]). So war denn, da die P.G.O. noch außerdem

---

400. 402 einige schweiz. Urk. an, da in diesen Stellen die Konfiskation nur den flüchtigen Verbrecher trifft. Auch die bei Kress ad art. 218, bei Böhmer ad C. qu. 135. obs. 1. rc. gegebenen Nachweisungen sind nicht ganz genau. Dagegen s. z. B. Kyburg. Oeffn. Art. 1—5 (Grimm Weisth. I. 18). Rheinauer Oeffn. (eb. 287). Handf. v. Freib. im Uechtl. 1249. art. 57. 79 (Gaupp II. 94). Murtner Stadtrod. Art. 11. 13 (eb. 154). Insbruck. Stadtr. 1239. art. 7. (eb. 254). Recht von Güntersthal 1344 (Grimm Weisth. I. 330 unt.) u. s. f.

1) Art. 104. Wächter Gem. R. S. 118. 119.

2) vgl. über Todesstrafarten die interessante Abh. von G. L. Böhmer im N. Arch. IV. 56 f. 343 f. V. 559 f. VI. 65 f.

3) Ueber den Stockschilling s. Gerstlacher Hdb. des deutsch. Reichsges. XI. 2907. Ueber das Spießruthen- u. Steigriemenlaufen beim Militär s. Reichskriegsart. 1672. §. 23.

4) Das ewige Gefängniß Art. 10. 101 bezieht sich — wenn man Art. 192 Aufschrift und Art. 195 vergleicht — nur auf die bekannte vom Gericht zu erkennende Sicherungsmaßregel. vgl. Abegg N. Arch. 1838. S. 71—73 (wo die Sache nur unbestimmt hingestellt wird). A. M. scheint Geib eb. 1845. S. 141—143 in doppelter Weise, sofern er das lebensl. Gef. der P.G.O. als Strafe zuschreibt und auch die Maßregel des Art. 176 als Strafe ansieht (die Vermuthung hinsichtlich des Korrektoriums steht in diesem Falle auf schwachen Füßen). Ganz ungenau ist Mittermaier n. 2. z. F. §. 143.

5) Art. 157. — In Art. 216 hat die Einsperrung wieder eine andere Bedeutung.

6) Widerruf s. R.K.G.O. 1555 II. 28 §. 4.

7) RSchl. 4. Sept. 1731. §. 2 a. E. RSchl. 1. Aug. 1668. §. 3. RSchl. 30. Juli 1668. R.P.O. 1577. Tit. 23. §. 2.

8) auch als Privatstrafen (Art. 157. 158. vgl. 215). Geldstrafen s. auch in andern Reichsgesetzen z. B. R.P.O. 1577. Tit. 18. §. 1. 2.

9) Art. 111. vgl. R.P.O. 1577. Tit. 14 §. 7. Tit. 17 §. 8. Tit. 19 §. 3. Tit. 35 §. 3.

10) Art. 135. 218. vgl. R.P.O. Tit. 18. §. 2. Ueber Art. 218 s. wegen der Lesart Koch Vorr. §. 9. Walch gloss. introd. §. III.

11) A. M. Bruckner de confisc. bon. p. 16—20. Andrerseits zu weit giengen Carpzov qu. 135. n. 27 sq. u. A., welche auch die ausdrücklichen Konfisk. (außer beim crimen maj.) durch den Art. 218 aufgehoben glaubten. Die Meisten halten dadurch mit Recht nur die stillschweigenden für verworfen. s. Wächter Lb. I. §. 103.

(freilich unter einer sehr verständigen Klausel, Art. 104) auch das gesammte römisch-rechtliche Strafensystem für anwendbar erklärte, der neueren Rechtsentwicklung ein fast durchgängig verwerflicher Stoff zur Bearbeitung überliefert [1]).

Zunächst hatte die P.G.O. hergebrachte Gewohnheiten nicht schlechthin abschaffen wollen, sondern die löblichen ausdrücklich zugelassen. Insofern war es ganz in der Ordnung, wenn in Fällen, wo das gem. Recht peinliche Strafe nicht anordnete, selbst das Kompositionssystem noch fortdauerte (so mangelhaft es auch an sich ist), namentlich in den sächsischen Ländern [2]). Dagegen geschah es in allen andern Fällen gegen das Gesetz, sei es nun, daß noch die uralte Sitte nachwirkte [3]), oder daß die Gerichtsherrschaft aus dem gütlichen Abtrag eine Geldquelle für sich machte, resp. den Adel schonte [4]). Nicht nur aber zu milderer Bestrafung fand man in jener Liberalität der P.G.O. den Vorwand, sondern auch zu strengerer, und jedenfalls zur Beibehaltung mancher rohen und abgeschmackten Strafen, welcher sie selbst sich enthalten hatte [5]). Es konnte jedoch nicht fehlen, daß man im Laufe der Zeit, namentlich seit dem Austoben des 30j. Kriegs das Strafensystem der P.G.O. nach und nach als zu hart und überdies als großentheils unzweckmäßig anzusehen anfieng. Am leichtesten setzte man sich natürlich früher und später über die Strafen des röm. Rechts hinweg [6]). Aber auch die Strafen der Reichsgesetzgebung selbst konnten sich auf die Dauer gegen den fortschreitenden Geist der Zeit nicht halten [7]). Da nun leider diese Gesetzgebung selbst seit dem

---

n. 41 b. vgl. auch Clar. §. fin. qu. 78. n. 1. Damhouder c. 66. n. 1. 2. Marezoll bürg. Ehre S. 333 f. meint, der Art. 218 wolle auf die ausdrücklichen Konfisk. die Nov. 134. c. 13, resp. die Authent. bona damnat. angewandt wissen. s. dag. Heffter §. 138. n. 7. vgl. auch Martin §. 94 und wieder Böhmer im N. Arch. 1836. S. 524 f.

1) s. im Allgem. Döpleri theatrum poenarum crim. 1693. 97. Kleinschrod syst. Entw. III. §. 4—90.

2) Wächter Gem. R. S. 121. vgl. S. 30. n. 23. Ueber die Fortdauer des Instituts des Wergelds und der Sachsenbuße bis in die neuere Zeit s. Weiske Abh. aus dem deutsch. Recht. nr. 6. Freudentheil N. Arch. 1838. Beil.H. S. 24.

3) vgl. den Fall b. Blumer I. 398 und eb. S. 404. 405. Ostfries. LR. (v. Wicht) III, c. 4 vgl. c. 17 und S. 676. Nordfries. LR. 1558. Art. 71. v. Arx Gesch. von St. Gallen II. 608. Spiel vaterl. Arch. (Hannov.) II, 2. S. 239. Henneb. LO. VIII, 3. c. 4. 8.

4) Wend. rügian. Landgebr. Tit. 237. Zöpfl Bamb. R. S. 17. 18. nr. 54. 55. Roßhirt Gesch. und Syst. I. 126. 127. In dem Fall nr. 54 bei Z. handelt es sich freilich nur vom Erzeß der Nothwehr; hier, wie bei kulposen Tödtungen, ließ sich die Sache eher rechtfertigen. s. auch über Nürnberg Siebenkees Mater. III. 67—70.

5) Namentlich im Kapitel der beschimpfenden und beschämenden Strafen, die sich zum Theil bis gegen die neuere Zeit her erhielten, z. B. Strohkranz, spanischer Mantel, Lastersteine, Geige, Triller, Austrommeln, Auspauken, Eselritt, Schneller, Hurenkarren rc. s. Reiter peinl. R. nach d. neust. Grundf. I. c. 15. §. 7 ff. Wächter Strafarten S. 251—259.

6) Stephani Komm. z. Art. 104. Schilter Exerc. 49. §. 173. Böhmer med. ad art. 180. §. 5 (welche Wächter gem. Recht zu streng tadelt, indem er selbst noch nicht zur vollen Würdigung des Gewohnheitsrechts sich entschließen kann). vgl. S. 122 ob. S. 148—150.

7) Noch das 18te Jahrh. gab freilich den früheren theilweise wenig an Rohheit nach. s. Abegg Gesch. d. preuß. Strafgef.geb. S. 131 f. Niemeier Ueb. Krim.-Verbrechen, peinl. Strafen rc. Freudentheil N. Arch. 1838. Beil.H. S. 69—77.

17. Jahrh. einschlief, so zersplitterte sich der Fortschritt ganz in Partikularrecht, und es lassen sich daher über die weitere Entwicklung wieder nur einige allgemeineren Grundzüge angeben. Zunächst halfen sich die Gerichte mit Erfindung neuer Strafen, z. B. Einsperrung in ein Spital bei magerer Kost [1]), Zwang zum Wegemachen, Verurtheilung zum Kriegsdienst gegen den Erbfeind [2]), Abgabe an die Galeeren in Venedig oder Genua [3]) u. dgl. Eine wahre Abhilfe, besonders gegen verstümmelnde Strafen und Landesverweisung trat jedoch erst mit der besseren Ausbildung der Freiheitsstrafen ein, in welcher der Hauptwendepunkt zur Anbahnung des gesitteteren modernen Strafensystems lag. — Was nun die einzelnen Strafarten betrifft, so sind die (innerlich oder äußerlich) qualifizirten Todesstrafen nach und nach, jedoch erst gegen die neuere Zeit her, abgekommen [4]). Zugleich hat man im laufenden Jahrh. auch die Fälle der Vollziehung, resp. Androhung der einfachen Todesstrafe mehr oder weniger, theilweise bis zu einem Minimum abnehmen sehen. Ganz verschwunden sind im Laufe der Zeit die verstümmelnden Strafen; nicht so die körperliche Züchtigung [5]). Dagegen ist die Landesverweisung als Strafe [6]) und die allgemeine Vermögenskonfiskation [7]) überall aufgegeben. So blieben denn fast nur Geld-, Ehren- und die seit dem 17. Jahrh. allmälig in Gang gekommenen Freiheits- (resp. Arbeits-) Strafen übrig. Da nun aber die Geldstrafen richtiger Weise immermehr auf die kleineren Delikte eingeschränkt wurden, die Ehrenstrafen aber in große Verwirrung geriethen, so kam es, daß nach und nach die Freiheitsstrafen, ehmals die letzten, im Range die ersten wurden. Was nämlich die Ehrenstrafen betrifft, so war es zunächst ein Beweis von großer Mangelhaftigkeit des Ehrbegriffs, daß man die sog. demüthigenden (in Wahrheit beschimpfenden) [8]) Strafen rechtlich nicht für

---

1) G. F. Harpprecht Decis. crim. nr. 33 a. E.

2) Roßhirt Gesch. u. Syst. I. 127. Freudentheil a. a. O. S. 73. n. 92.

3) Eine sächs. Konstit. (b. Carpz. qu. 129. n. 41) droht ewige Verdammung in Galleen od. Metalle, was C. unpraktisch nennt. vgl. Urth. v. Altdorf b. Wächter gem. R. S. 126. n. 164. Ueb. Nürnberg Siebenkees Mater. II. 597; hier wurde die Sache wirklich gesetzlich eingeleitet, ebenso in Wirtemberg, s. Wächter Strafarten S. 39 (es war die härteste Freiheitsstrafe, und zwar für — Wilderei!).

4) In Sachsen wurde bis 1838 auf Feuerstrafe wenigstens erkannt. Sie wurde aber auch in Reuß-Gr. in diesem Jahrh. noch vollzogen! Aeußere Schärfungen kennen noch das bair. GB. Art. 6 (s. jed. Ges. 18. Nov. 1849 Art. 4) und das hannöv. Art. 9. — In Wirtemb. kam Lebendigbegraben und Pfählen, Viertheilen und Ertränken schon im 17. Jahrh. ab, s. Malefiztare von 1701, — das Verbrennen und Reißen mit glühenden Zangen im 18ten, das Rädern, das Schleifen zur Richtstätte, Flechten des Leichnams auf das Rad und Aufstecken des Kopfs auf einen Spieß im Jahr 1824. s. noch Preuß. LR. II, 20. §. 93. 102. 826. 1512. 1513. vgl. Reskr. 22. Sept. 1810. Quistorp §. 73. 75.

5) Die Stäupung verschwand in Wirtemberg im Jahr 1824, das Spießruthenlaufen im Jahr 1818, die körperl. Züchtigung im Jahr 1849; wieder eingeführt wurde diese 1853.

6) In Preußen wurden im Anfange dieses Jahrh. einige Transporte von Verbrechern nach Sibirien abgeführt. vgl. Klein Annal. XX. 303 ff.

7) s. dag. noch preuß. LR. §. 95. 103. 467. 469 und Goldtammer I. 121—123. Dag. Hye S. 393.

8) worunter auch Widerruf und Abbitte unter beschimpfender Form, wie sie noch Quistorp beschreibt, gehören, dagegen freilich nicht bloßer Verweis u. dgl.

entehrend ansah [1]). Mehrere derselben, wie öffentliche Ausstellung am Strafpfahl (Schandbühne ꝛc.), Widerruf, Kirchenbuße, Geige ꝛc. haben sich bis in's 19te Jahrhundert herein erhalten [2]). Dagegen galten allerdings für entehrend diejenigen Strafen, deren Vollzug der Henker besorgte, und auch von diesen waren mehrere, wie Pranger [3]), Anschlagen des Namens an den Galgen [4]), Brandmarken [5]), Stäupung ꝛc. [6]), noch in diesem Jahrh. im Gebrauch. Andererseits wieder dachte man, seit man vom 17. Jahrh. an Arbeits- und Zuchthausstrafen anzuordnen anfieng, nicht daran, die in der Volksmeinung sehr natürlich sich bildende Ansicht über den ehrenschmälernden Charakter mancher dieser Strafen auch juristisch zu fixiren [7]). Dies hieng aber eben mit der allgemeinen Verwirrung zusammen, worein die Begriffe von Recht- und Ehrlosigkeit seit dem Ende des MAs allmälig geriethen. Bei der ohnedies juristisch nicht scharf fixirten Natur dieses Instituts war es natürlich, daß Gesetzgebung und Wissenschaft seit der Rezeption des römischen Rechts es aus diesem zu ergänzen und auf den Begriff der römischen Infamie zurückzuführen suchten [8]), was um so näher lag, da die Hauptwirkungen der Rechtlosigkeit, d. h. die Entziehung des Wergelds, des Unschuldseids und überhaupt der prozessualischen Ehrenrechte, mit der Veränderung der Gerichtsverfassung und dem Verschwinden des Kompositionssystems großentheils unpraktisch wurden [9]). Allein es war ebensowenig praktisch gedacht, wenn man gerade in dieser Lehre das römische, auf einer andern Nationalität und andern Staatseinrichtungen beruhende Recht ohne Weiteres auf die deutschen Verhältnisse übertragen wollte [10]). Wenn dies aber auch wirklich in der Absicht einer Gesetzgebung lag [11]), so mußte sie nothwendig an der Praxis scheitern, die das

---

1) Auch körperliche Züchtigung wird noch heutzutage von den Gesetzen nicht als infamirend angesehen!

2) Wächter Strafarten S. 252 ff. Ein wirt. Ges. 1734 motivirte die Ausstellung auf der Schandbühne durch den Besserungszweck. s. noch das bair., hann. GB. s. jed. bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 4.

3) s. noch preuß. LR. z. B. §. 224. 881. 1391 und sonst. Auch in Wirt. wurde noch 1814 darauf erkannt. vgl. Bair. GB. Art. 6. 7. s. jed. vor. Note. vgl. Kammerer Bem. üb. d. Strafen d. Prangers ꝛc. 1838.

4) Oestr. GB. 1803. §. 203. Exekution am Bild s. preuß. LR. §. 99. Feuerbach §. 137.

5) Preuß. LR. §. 1214. Oestr. GB. 1803. §. 22. In Wirt. längst abgekommen. s. Wächter Strafarten S. 213. vgl. Bair. Ges. 18. Nov. 1849. Art. 4.

6) Preuß. LR. §. 256. 425. 828. 872. 873. 878. 960 a. 962 u. f. f. s. überh. Quistorp §. 77.

7) Wächter Strafarten S. 57. 58. 246. 247. A. M. Jarcke I. 286. s. dag. Kleinschrod III. §. 89. Sehr oberflächlich ist hierüber Mittermaier Fortbild. I. 275. 276.

8) Philipps Deutsch. Priv.R. I. 299 ff. Gerber Deutsch. Priv.R. §. 39. s. P.G.O. Art. 107. 122. Notar.O. 1512 §. 12. RA. 1551 §. 80. Reuterbestall. 1570 Art. 28. 47. 53 ꝛc. ꝛc. R.P.O. 1577. Tit. 1 §. 7. Tit. 23 §. 2. Tit. 38 §. 4. RSchl. 30. Juli 1668. 1. Aug. 1668. 4. Sept. 1731 §. 2 a. E. Wirt. LR. III, 10 §. 7. vgl. Stryk us. mod. III, 2. §. 1. 12. Lauterbach Coll. Pand. III, 2. Leyser Sp. 52. med. 1. Cocceji j. controv. III, 2. qu. 4. i. f.

9) Dies scheint gewöhnlich nicht genug gewürdigt zu werden.

10) Dies giebt auch Wächter Lb. I. S. 179. Wirt. Priv.R. I. S. 904. 905 zu.

11) Von dem wirt. LR. muß dies allerdings (gegen Reyscher W. Priv.R. I.

Unmögliche nicht möglich machen konnte. Denn vor Allem war der größte Theil der Fälle der römischen Infamie gar nicht anwendbar; namentlich gilt dies von der sogen. infamia immediata [1]; aber auch von der inf. mediata im Civilprozeß und bei Injurien [2]) wollte die Praxis nichts wissen. Nicht minder ist allgemein anerkannt, daß auch beim Stuprum, bei der einfachen Kuppelei und beim Wucher das römische Recht ausgeschlossen war [3]). Ja, es wird zugegeben, daß auch bei andern Verbrechen selbst in solchen Ländern, in welchen die Gesetzgebung ausdrücklich am römischen Recht festhielt, die Praxis sich dahin geneigt habe, die römischen Unterschiede zwischen crim. ord., extraord. rc. nicht zu beachten, sondern auf die innere Natur des Falls zu sehen [4]). Letzteres war aber so überaus natürlich [5]), daß es ganz unmöglich erscheint, daß nicht die Praxis auch in den übrigen Fällen es ebenso gehalten haben sollte. Es ist überdies noch nicht einmal ausgemacht, ob auch nur der Begriff der infamia mediata überhaupt überall in Deutschland Anerkennung gefunden und nicht vielmehr, an manchen Orten wenigstens, der Grundsatz gegolten habe, daß Ehrlosigkeit nur eintrete, wenn der Richter ausdrücklich auf sie (resp. auf eine entehrende Strafart) erkannt habe [6]).

---

§. 180. n. 17) zugegeben werden. s. auch K. v. Wächter in Sarweys Mon.schr. I. 181 ff. Dagegen nicht auch für das gemeine Recht, noch für andere Partikularrechte, wie es vom sächsischen Wächter selbst (W. Pr.R. I. S. 904. n. 11) zugiebt. Daher waren denn auch mehrere ältere Juristen, wie neuere, mehr oder minder entschieden gegen eine unbedingte Rezeption des röm. Rechts in dieser Lehre. s. C. F. Hommel rhaps. qu. obs. 210. nr. 7. Kind quaest. III, c. 55. Berg Rechtsfälle I. 72. Runde deutsch. Priv.R. §. 307. Grolman §. 158. n. b. Schweppe röm. Priv.R. §. 73 a. E. Reyscher Wirt. Priv.R. §. 180. v. Savigny Syst. II. 224—230 und theilweise Eichhorn Deutsch. Priv.R. §. 87. 88. Marezoll bürg. Ehre S. 350 ff. Martin §. 89. n. 12 (auf welche Wächter sich beruft), Heffter §. 174. Mittermaier Deutsch. Priv.R. §. 102. Jarcke I. 282. n. 17. u. A.

1) Dies giebt Eichhorn zu, großentheils auch Wächter Strafarten S. 232. 235. 238. 240. Unklar Heffter §. 175. n. 4 (wie überhaupt in dieser Lehre).

2) Zugegeben von Wächter eb. S. 241—243. vgl. RA. 1566. §. 107. RSchl. 4. Sept. 1731. nr. 2 a. E. Wirt. LR. I. 77. §. 6. Wirt. H.G.O. III, 25. §. 3.

3) Wächter a. a. O. S. 239. 241. vgl. Martin §. 90 a. E. und die not. 18 Angeff.

4) Wächter eb. S. 243—245. s. auch überh. Seip von dem Unterschied der ehrenrührigen Strafen nach röm. und deutsch. Gesetzen 1750. Für unbedingte Anwendung des röm. Rechts ist Roßhirt Entw. S. 477.

5) Gegen die gekünstelte Ansicht von Marezoll erklärt sich Wächter selbst mit Recht S. 236—238. s. auch Wirt. Priv.R. S. 907 und Mittermaier in d. krim. Beitr. I. 473—475. Höchst willkührlich sind jedoch andrerseits die Behauptungen von Reyscher §. 181. n. 10. 11, und jedenfalls seinen eigenen Ansichten üb. d. deutschrechtliche Grundlage der Lehre ganz widersprechend, nach welcher ein so dürftiger Katalog entehrender Verbrechen durchaus nicht richtig ist. — Daß man den Vorbehalt der Ehre sehr häufig (auch gegen die Gesetze) anwandte, ist bekannt. s. RSchl. 22. Sept. 1668 „fürs Erste", — und 1731. Gail Obs. I. 65. nr. 6. 7. Harpprecht de expr. hon. reservat. 1691. Carpzov qu. 94. n. 79.

6) Das Wirt. LR. III, 10 §. 7 folgte hier allerdings entschieden dem römischen. s. dag. Bad. LR. VII, 29 §. 1. 2. vgl. Hübner üb. Ehre, Ehrlosigkeit rc. S. 93 ff. Danz deutsch. Priv.R. III. 60. Tittmann I. §. 69. not. a. Mittermaier Fortbild. I. 275. Ungenau nnd undeutlich sind Martin §. 90. n. 16. Heffter §. 175. n. 4 (der allgemein von einer sententia declaratoria spricht). Gemeinrechtlich

Gewiß liegt es aber jedenfalls in der Natur der Sache, daß in Beziehung auf die Fälle des Eintritts der Ehrlosigkeit die deutschen Sittlichkeitsbegriffe sich am wenigsten nach der Schablone des fremden Rechts modeln ließen, und um so weniger, wenn man bedenkt, daß gerade in diesem Punkte das fremde Recht auf einer rein historischen Zufälligkeit, auf einem in Deutschland ganz wurzellosen Unterschied der Delikte beruhte. Daß jedoch andererseits auch aus einheimischer Wurzel sich keine irgend bestimmt fixirbaren Rechtsregeln mehr über die Frage gebildet haben, beweist am deutlichsten die allgemeine und allgemein anerkannte Anarchie der Doktrin in früherer und neuerer Zeit [1]). Dagegen war man von jeher darüber einig [2]), daß nach deutschem Rechte Infamie stets in Folge solcher Strafen eintrete, mit deren Vollzug der Henker sich befasse (was freilich keineswegs mehr die ächte Ansicht der Rechtsbücher war) [3]). Indessen diente auch diese Ansicht [4]) zum allmäligen Verkommen fester Regeln über den Eintritt der Infamie, da die gedachten Strafen größtentheils (nämlich die verstümmelnden Strafen und mindestens der alltägliche Gebrauch der Stäupung und des Prangers) immer mehr abkamen [5]), und bei den neuaufkommenden Arbeits- und Freiheitsstrafen die Gesetzgebung es unterließ, ihre Folgen für die Ehre juristisch festzustellen. Die neue Gesetzgebung ist nun durchaus [6]) von dem Grundsatz ausgegangen, daß das Institut der römischen Infamie zu verwerfen sei, daß vielmehr Ehrenstrafen nur durch ausdrücklichen Spruch des Gerichts eintreten können, sei es als selbständige oder als ein für allemal mit gewissen andern vom Gesetz verbundene Strafen. Ersteres geschah in der Theresiana (Art. 10) und im norweg. GB. [7]). Letzteres im sächsischen und thüringischen GB.,

---

ist wohl allerdings der Begriff der inf. mediata als rezipirt zu betrachten, arg. P.G.O. art. 122. 190—198. Andrerseits wurde aber die Ehrlosigkeit entschieden nicht bloß als eine Nebenfolge des Verbrechens, sondern als wahre Strafe angesehen. P.G.O. Art. 104. vgl. Clar. §. fin. qu. 72.

1) s. Eichhorn Deutsch. Priv.R. 83 ff. Marezoll bürg. Ehre S. 350. Glück Komm. V. 161 ff. Mittermaier in d. krim. Beitr. I. 471 ff.

2) Mit Unrecht nennen Wächter und Jarcke Martin als Gegner.

3) Nach diesen hätte jede körperl. Züchtigung hierher gehört. Sächs. LR. I. 38. Schwäb. LR. 100.

4) Daß das deutsche Recht nur an die Strafart die Infamie geknüpft habe, ist ganz falsch. So z. B. Jarcke I. 282. n. 17, der mit Unrecht gegen Roßhirt und Martin polemisirt und P.G.O. Art. 107. 122 u. a. Reichsgesetze als „Ausnahme" behandelt (S. 286)! Kleinschrod III. §. 88 macht doch wenigstens nicht die Gesetze, sondern nur die Praxis für die falsche Ansicht verantwortlich. Sehr willkührlich verfährt Wächter Strafarten S. 217 (vgl. Lb. I. S. 176), der zwar anerkennt, daß die Reichsgesetze an das Verbrechen die Infamie knüpfen, aber sofort beifügt, damit sei nur die römische Infamie gemeint. Er hat hier, wie mehrfach, das deutsche Recht vor der P.G.O. nicht gehörig gewürdigt.

5) s. bes. Kleinschrod III. §. 89. Heffter §. 175. n. 7—11 (in not. 11 ist mit Unrecht gegen Kleinschrod polemisirt, da dieser die Ausnahme beim Erschießen selbst macht und überdies aus dem Prinzip begründet). Mittermaier Deutsch. Priv.R. §. 102. n. 12.

6) Eine Ausnahme machte noch das wirtemb. Strafed. 1824. Wächter Strafarten S. 215 ff.

7) s. auch den hamb. Entw. von 1851. Motive S. 98 ff. Hier, wie in der Theres. ist es theilweise (im hamb. Entw. zu oft) dem Richter überlassen, ob er auf die Ehrenstrafe erkennen will. vgl. Hannövr. GB. Art. 23.

welche nur den Verweis als selbständige demüthigende Strafe kennen, und alle Ehrenschmälerungen nur als Folge bestimmter Freiheitsstrafarten eintreten lassen [1]). Alle übrigen neuen Gbücher befolgen dagegen ein gemischtes System, d. h. sie verbinden zunächst höhere oder geringere Grade von Ehrenschmälerung als nothwendige Folge mit gewissen Strafarten (Todes- [2]) und Freiheitsstrafe, und zwar durchgängig der Zuchthaus- [3]), theilweise aber auch andern, sc. Arbeitshaus-, Korrektionshaus-, Festungsstrafen) [4]), nehmen aber daneben noch mehr oder weniger selbständige Ehrenstrafen auf, wie Dienstentsetzung, Dienstentlassung, Degradation [5]), Suspension [6]), Entziehung öffentlicher Berechtigungen und eines selbständigen Gewerbebetriebs für immer oder auf bestimmte Zeit [7]), Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte [8]), zeitliche Interdiktion derselben, zeitliche Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern, Unfähigkeit zur Bekleidung des bisher verwalteten Amts, der bisher betriebenen Kunst oder des bisher betriebenen Gewerbs [9]). (Dem sächs. u. braunschw. GB. ist eigenthümlich, daß es den Eintritt der Ehrenschmälerung nur mit der erlittenen Zuchthaus- &c. Strafe verbindet) [10]). So sehr sich jedoch auch die neuen Gesetzgebungen bemüht haben, die Ehrenschmälerungen, welche infolge von Verbrechen eintreten (d. h. die Ehrenstrafen) gesetzlich zu normiren und die Fälle ihres Eintritts genau zu bestimmen, so sind sie doch in dieser Beziehung mehr oder minder mangelhaft, sofern sie gleichwohl hinsichtlich wichtiger Theile dieser nachtheiligen Folgen wieder auf anderweitige Gesetze verweisen [11]) oder aus solchen zu ergänzen sind [12]). Es

---

1) s. jedoch thüring. GB. Art. 9 a. E. eine Ausnahme, wegen deren indessen auf anderweitige Gesetze verwiesen wird.

2) Mit der Todesstrafe verbinden solche Folgen nicht das sächsische, hannövr., braunschw., hessische, badische, thüring. GB., — wohl aber das östreich. §. 27, das preußische §. 7 (mit Modifikationen. Beseler S. 93. 94), das bairische Art. 23 und das wirtembergische Art. 129 (übersehen von Hufnagel I. 64 und Breidenbach I. 1. S. 324. n. 3. s. übr. diesen S. 323—325).

3) Natürlich auch mit den hie und da vorkommenden noch schwereren Ketten-, Karrenstrafen &c. &c.

4) s. das bair., wirtemb., braunschw., hessische GB., resp. das thüringische Art. 9.

5) Diese Strafen nebst der Unfähigkeit zu Aemtern und Ehrenstellen als eigener Strafe hat das bair. GB. Art. 22, Dienstentsetzung u. Entlassung das braunschw. §. 249 (bezieht sich auch auf öffentliche Berechtigungen).

6) Dienstents., D.entlassung und Suspension hat das hannövr. GB. (bezieht sich gleichfalls auf die öffentlichen Berechtigungen. Art. 341).

7) Wirt. GB. neben Dienstentlassung und Verlust oder zeitlicher Entziehung der Ehren- und Dienstrechte, — Hess. GB. neben DEntsetzung, DEntlassung, Suspension und Entziehung gewisser staatsbürg., bürgerl. und Familienrechte (Breidenbach I. 1. S. 469—471), — Oestr. GB. §. 242. 243. vgl. §. 26 vorletzten Satz und §. 30, — Bad. GB. neben Dienstents. und Dienstentlassung.

8) nur im wirt. GB. s. vor. Note.

9) Die letzten drei Strafen s. im preuß. GB.

10) Art. 9. vgl. Entw. Art. 34, wo daneben auch von Folgen der Verurtheilungen die Rede ist.

11) so theilweise selbst das braunschw. und preuß. GB., noch mehr das östreichische, im höchsten Grade das thüringische und der sächs. Entwurf. s. auch bair. Entw. Art. 28.

12) Dies ist selbst dem bair. GB. trotz der Versicherung in Art. 23 widerfahren.

ist dies aber sehr zu beklagen, da man auf diese Weise leicht dazu kommen kann, das Institut der infamia mediata von Neuem auszubrüten [1]). — Daß außerdem die neuen Gesetzgebungen auch in Beziehung auf die Reglung des Systems der entehrenden und nichtentehrenden Freiheitsstrafen durchgängig noch mehr oder weniger im Argen liegen [2]), darüber s. Anm. 2. unter III. — Wo möglich noch verworrener gestaltete sich die deutsche Rechtsentwicklung seit dem Ende des MAs hinsichtlich der Frage über den Inhalt der Ehrlosigkeit [3]). Selbst diejenigen unter den neueren Juristen, welche mit Recht in der römischen Infamie, wie in der deutschen Recht- (Ehr-) losigkeit bloße Ehrenschmälerungen sehen, haben hierüber die verschiedensten Ansichten. Nach der einen [4]) soll das römische Institut, nach der andern [5]) das deutsche im gemeinen deutschen Rechte untergegangen sein, während nach einer dritten [6]) beide neben einander sich eingebürgert, nach einer vierten [7]) beide zu einem neuen eigenthümlichen Institute sich verschmolzen haben sollen; ja es wird selbst behauptet [8]), das Institut sei rechtlich ganz inhaltslos (zu einer bloß moralischen Brandmarkung) geworden. Letzteres kann nun in keinem Falle angenommen werden. Denn, wenn es auch allerdings ein Mißverständniß der Reichs- und mancher Landesgesetze war, die in Deutschland herkömmliche Ehrlosigkeit mit der römischen Infamie zu identifiziren, so mußten doch die einzelnen rechtlichen Folgen, welche diese Gesetze mit der Ehrlosigkeit (wenn gleich aus Unkenntniß des röm. Rechts) verbanden, praktisches Recht werden, so namentlich die Unfähigkeit zum Notariat [9]), zur Theilnahme

---

1) Andere Gründe gegen die Nachläßigkeit der Gbücher in genauer Aufzählung der durch Verbrechen verwirkten Ehrenrechte s. bei v. Wiek N. Arch. 1851. S. 3—8.

2) Nach allem diesem stellt sich die Kongruenz des modernen Rechts mit dem des MAs, welche Gerber a. a. O. §. 40. n. 1 so evident findet, in der Frage über die Fälle der Infamie noch sehr problematisch dar. Auch ist, was er nr. 4. 5 anführt, längst veraltet. Nur ein Streben nach jener Kongruenz läßt sich zugeben.

3) Wie verworren die Begriffe sind, ist kaum glaublich. Während Feuerbach §. 71 in der röm. Infamie nur die Entziehung vorzüglicher Ehrenrechte sieht, stellt sie Tittmann §. 69 dem bürgerl. Tode gleich! Eben dies thut Feuerbach §. 71. 151. 152 der Sache nach mit der deutschen Ehrlosigkeit, der er die „röm. Intestabilität" gleichstellt. Ebenso stellt Jarcke I. 284 die deutsche Ehrlosigkeit (im Unterschiede von der Rechtlosigkeit) dem bürgerlichen Tode gleich und führt hiefür P.G.O. Art. 107. 122 an! Kaum mehr Verwirrung ist bei Quistorp §. 77. n. h. zu finden! — s. auch Martin §. 89, Grolman §. 158, welche der röm. Infamie, Reyscher u. A., welche der deutschen Infamie einen viel zu weiten (moralischen od. mindestens juristisch ungenauen) Begriff unterlegen.

4) s. bes. v. Savigny Syst. II. 224—230. Gerber §. 39. Reyscher Wirt. Priv.R. §. 180 u. A.

5) Roßhirt Entw. S. 479; annähernd wenigstens Birnbaum N. Arch. 1844. S. 168—171.

6) bes. Eichhorn, Marezoll, Wächter a. a. O. vgl. jedoch Mittermaier in den krim. Beitr. I. 475—477.

7) Mittermaier n. 1. z. F. §. 71. Daß durch die Verschmelzung erst der Begriff entehrender Strafarten entstanden sein soll, ist eine Angesichts der Rechtsbücher unbegreifliche Behauptung. Auch die Ansicht, daß auf Ehrlosigkeit als eigene Strafe erkannt werden könne, ist keineswegs erst ein Produkt der P.G.O. s. z. B. Const. pac. 1235. art. 12 und die von Pertz cit. Parallelstellen aus früheren Gesetzen.

8) v. Savigny a. a. O. S. 230. s. dag. Birnbaum a. a. O. S. 174. Auch widerspricht v. Sav. sich selbst, s. S. 229.

9) Notar.O. 1512 §. 12.

an Zünften [1]) und andern dgl. Genossenschaften [2]), relativ die Lehensunfähigkeit [3]). Aber außer diesen Folgen hat das entschiedenste Gewohnheitsrecht noch an mehreren andern festgehalten, namentlich an der Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern [4]), sowie zur Advokatur und Prokuratur [5]), zum gerichtlichen Zeugnisse [6]), vielleicht auch zur Führung einer Vormundschaft [7]), und zu allen politischen aus dem Bürgerrecht fließenden Rechten [8]). Allein nicht minder gewiß ist, daß das Rechtsbewußtsein, welches dieses Gewohnheitsrecht trug, mit der Zeit erschlaffte. Der Geist der Freiheit entschlief mit dem politischen Leben, das ohnedies nach und nach auf die Korporationen reduzirt gewesen war. Selbst die Zünfte hielten nicht überall mehr auf ihre Integrität [9]). Die Unfähigkeit zum gerichtlichen und Solennitätszeugniß wurde (nach römischem Recht ganz mit Recht) in Zweifel gezogen, ebenso die Unfähigkeit zur Führung einer Vormundschaft. Die altdeutsche Ansicht von der Realisirung der Vollfreiheit in den gerichtlichen Ehrenrechten hatte aber mit der Einführung des fremden Rechts den Boden verloren. So blieb denn freilich von den Wirkungen der Ehrlosigkeit, abgesehen vom Lehensverhältniß, eigentlich nichts übrig, als die Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern [10]) und amtsähnlichen öffentlichen Berechtigungen (Notariat, Advokatur, Prokuratur). Nur freilich war dieser Rechtssatz, wie in der römischen Kaiserzeit, ein bloß bedingt, d. h. unter Vorbehalt der fürstlichen Willkühr giltiger, welche auch keinen Anstand nahm, dem Stande des Verbrechers zulieb durch die Finger

---

1) R.P.O. 1577. Tit. 38. §. 4. RSchl. 1731 §. 5. 13.

2) arg. die Bestimmungen mancher Landesgesetze, daß Ehrlose auch vom Besuch offener Zechen, Hochzeiten und aller ehrlichen Gespielschaften ausgeschlossen sein sollen. s. z. B. Wirt. LO. S. 202 und Gesetze bei Gerstlacher II. 34. 157. 158. 162. Bad. LR. VII. 29. §. 1. 2. Blumer I. 409. Theres. art. 10. §. 7. vgl. §. 12.

3) Sächs. Lehnr. §. 2. Vet. auct. I. §. 4. Anders das longob. Lehnrecht. — Der Satz galt als nicht bindend.

4) vgl. Wirt. LO. 1567. S. 202. Seeländer Pol.O. 1583. (Birnbaum a. a. O. S. 170. n. 36.) Ulm. VO. 1683. Tit. 2. (Jarcke III. 42. n. 47). Bad. LR. a. a. O. — mit RA. 1551. §. 80. R.P.O. 1577. Tit. 23. §. 2. P.G.O. Art. 107. Henneb. LO. VIII, 2. Theres. art. 10. §. 7.

5) Gerber a. a. O. §. 40. n.

6) Birnbaum a. a. O. S. 167. 188. vgl. Wirt. LR. I. 36. §. 4. III. 10. §. 7. Ther. l. c. vgl. §. 12.

7) vgl. die angef. Ulm. VO. Wirt. LO. Tit. 32. §. 2. 3.

8) Theres. l. c. „Burgerrecht . . . solche Vorzüglichkeiten im gemeinen Wesen."

9) s. z. B. Wirt. Müllerordnung Art. 25. (Wächter Strafarten S. 228). Auch die Unfähigkeit zum Besuch ehrlicher Gesellschaften rc. kam in Abgang. Wächter eb. S. 214 ob. Politische Wahlrechte ruhten unter dem stillen Druck des Patrimonial-Polizeistaats.

10) Wenn v. Savigny S. 224 auch diese bestreitet, so geht er zu weit. Er selbst giebt S. 201 zu, daß der Rechtssatz durch alle Zeiten der Kaiserregierung fortbestanden habe. Allerdings haben nun (S. 202) die Kaiser bei dieser Rechtsregel, wie bei andern, ihre despotische Willkühr eingemischt. Dadurch haben sie aber die Rechtsregel nicht aufgehoben; es würde sonst vom neusten röm. Recht überhaupt wenig übrig bleiben. Jedenfalls haben die deutschen Reichs- und Landesgesetze den Satz als wirkliche Rechtsregel anerkannt und er ist als solcher auch im Rechtsbewußtsein erhalten geblieben, daher man denn solche neu aufgekommene Strafarten, die nicht einmal rechtlich, sondern nur nach der Volksansicht infamirten, als zu öff. Aemtern unfähig machend ansah. Wächter Strafarten S. 57. Hofacker Jahrb. III. 362—265.

zu sehen, daher denn auch Gesetzgebung und Praxis kein Arg daran hatten, entehrenden Strafen bei Verbrechern von Stand manchmal nicht entehrende zu substituiren [1]). So mußte es freilich zuletzt dahin kommen, daß der Begriff der Ehrlosigkeit juristisch immer leerer und unbestimmter wurde und in die vage Volksvorstellung einer moralischen Brandmarkung übergieng, von welcher sich endlich auch viele Juristen anstecken ließen [2]). So war es auch hier der neueren Gesetzgebung vorbehalten, erst wieder feste Rechtsregeln zu schaffen, wobei sie denn in dem wieder erwachten Nationalbewußtsein [3]) und in der Begründung neuer politischer Zustände einen reichen Boden vorfand. Abgesehen von dem im bair. GB. aufgenommenen bürgerlichen Tode hat dieses selbst (Art. 23) und sämmtliche übrigen neuen deutschen Gesetzgebungen die Ehrlosigkeit [4]) nur als Ehrenschmälerung, d. h. als Verminderung der Rechtsfähigkeit, und zwar vor Allem in Beziehung auf politische Rechte aufgefaßt. Im Einzelnen weichen sie freilich vielfach von einander ab, wie denn namentlich einige den Adel selbst, andere nur dessen politische Rechte verloren gehen lassen, einige den Verlust der Nationalkokarde, der Zunftrechte, des Rechts Waffen zu tragen ꝛc. erwähnen, andere nicht u. s. f. [5]), wiederum einige eine Mehrheit von Ehrenschmälerungsstufen kennen, die in andern nicht vorkommt ꝛc. Ist dies zum Mindesten ein trauriges Zeichen der mangelnden Einheit des Rechtsbewußtseins [6]), so ist insbesondere noch zu beklagen, daß fast alle neueren Gesetzgebungen die Ehrlosigkeit lebenslänglich eintreten lassen [7]), und nur einige neben dieser lebenslänglichen auch eine zeitliche Entziehung der Ehrenrechte kennen [8]). In das Einzelne einzugehen ist übrigens nicht räthlich, da einerseits in dem Hauptprinzip, der Ehrlosigkeit vorzugsweise die Entziehung der politischen Berechtigungen des Gemeinde- und Staatsbürgerthums, der Fähigkeit zu Aemtern und amtsähnlichen Berechtigungen [9]),

---

1) Wächter a. a. O. S. 43. 48. 49. vgl. Theres. art. 10. §. 9. 12. (Diese verband freilich mit der Ehrlosigkeit auch den Verlust der testam. factio act. und passiva!).

2) vgl. z. B. Quistorp, und theilweise wenigstens Klein, Kleinschrod, Feuerbach, Grolman, Tittmann, Jarcke, Reyscher u. A. s. auch v. Savigny S. 230. Mittermaier n. 1 z. F. §. 71. Birnbaum a. a. O. S. 173. 174.

3) s. das in dieser Beziehung noch dürftige preuß. LR. im Vergleich mit den seit dem Aufschwung Preußens, seiner militärischen Wiedergeburt, der Gründung einer Munizipalverfassung ꝛc. erfolgten vielfachen, die Ehrenrechte betreffenden Verordnungen und Reskripten b. Mannkopf S. 30—53 und das rev. östr. GB. §. 26. 27 in Vergleich mit dem von 1803 §. 23.

4) Die frühere Begriffsverwirrung gieng so weit, daß noch jetzt z. B. Leonhardt S. 31. 32 Anstand nimmt, der vom hannövr. GB. festgesetzten Ehrlosigkeit diesen Namen zu geben. Wie mangelhaft es übrigens ist, die Ehrlosigkeit nur an die Strafart zu knüpfen, zeigt das S. 32. n. 10 aus andern hannövr. Gesetzen Angef., welche von entehrenden Verbrechen reden.

5) Hie und da kommt auch Eigenthümliches vor, z. B. im östr. GB. §. 26 die Ausschließung von der Redaktion periodischer Druckschriften, im bair. Entw. Art. 28 die Entziehung des Rechts zu Jagdkarten ꝛc. Ungenau ist Marezoll S. 155.

6) z. B. besonders hinsichtlich der Fähigkeit zum Waffendienst.

7) Nur das wirtemb. Recht ausgenommen. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 18. vgl. Hye S. 408 in der Note.

8) so namentlich das wirt. und preuß. GB.

9) wohin namentlich auch der Geschwornenberuf gehört.

zur Führung von Orden, Würden, Titeln und Ehrenzeichen, der vollen Zeugniß- und Vormundschaftsfähigkeit zur Folge zu geben, allgemeine Uebereinstimmung herrscht, andrerseits bei der Unsitte mehrerer neueren Gesetzgebungen, gerade in dieser Frage auf anderweitige Gesetze zu verweisen, die Darstellung schwerlich erschöpfend ausfallen könnte [1]). — Noch weniger erscheint es als zweckmäßig, eine Darstellung der schon ob. kritisch beleuchteten Freiheitsstrafensysteme der neueren Gbücher im Detail zu versuchen. Jedes solche System ist vermöge seiner vielen verschiedenen Beziehungen, z. B. auf die disziplinarische Behandlung in verschiedenen Anstalten, auf die Zuläßigkeit von Schärfungsmitteln, auf das Verhältniß der Strafarten zu einander hinsichtlich der Dauer, der Intensität, besonders der Ehrenfolgen, ferner auf die Sonderung der jugendlichen Verbrecher von den erwachsenen, auf die Frage hinsichtlich der relativ selbständigen Berechtigung des Besserungszwecks, daher auf das leitende Prinzip hinsichtlich der Einrichtung der Strafanstalten überhaupt und ihrer Unterscheidung 2c. — etwas so sehr Komplizirtes, daß eine übersichtliche Darstellung einer ganzen Reihe solcher Systeme [2]) geradezu unmöglich erscheint, vielmehr die Schilderung, wenn sie irgendwie befriedigend ausfallen soll, durchaus den Schriften über Partikularrecht überlassen werden muß [3]). Wie mangelhaft die neuen Gbücher gerade in Beziehung auf die dringendsten Bedürfnisse hierin im Ganzen noch sind, ist schon ob. gezeigt, und erklärt sich aus der Geschichte der Entstehung der Freiheitsstrafen in Deutschland, soweit sie im Einzelnen bekannt ist [4]). — Aus dem gleichen Grunde wird hier auch von der Erörterung der in Beziehung auf die oft eintretende Nothwendigkeit der Strafverwandlung, resp. der Strafänderung sehr wichtigen Lehre von der Koordination und Subordination der verschiedenen Strafarten [5]) Umgang genommen. Auch diese kann auf befriedigende Weise nur an der Hand eines bestimmten Strafensystems dargestellt werden [6]).

---

1) Eine instruktive Darstellung darf man daher auch bei Mittermaier n. 3 z. F. §. 71 nicht zu finden hoffen.

2) s. eine solche bei Mittermaier n. 3 z. F. §. 143 und tabellarisch bei Heffter zu §. 139.

3) Wie viel man hier zwischen den Zeilen eines Gbuchs zu lesen hat, zeigt die vortreffliche Darstellung von Wächter (Strafarten).

4) Eine genaue Darstellung dieser Geschichte wäre ein verdienstliches Werk.

5) Ueber das Wenige, was sich nach gemeinem Rechte darüber sagen ließ, s. Kleinschrod III. §. 110 ff. Tittmann §. 77 f. Heffter §. 140. 141. Martin §. 96. 97. Wächter §. 104 und die dort charakterisirten Abh. von Mögling und von Quistorp.

6) Was gewöhnlich über die Eintheilung der Strafen vorgetragen wird, ist, soweit es Erheblichkeit hat, schon in die bisherige Ausführung verflochten worden (z. B. römische Kapital- und Nichtkapitalstrafen, öffentliche und Privatstrafen, Strafen an Hals und Hand und an Haut und Haar, Censuren und eigentliche Strafen 2c., gemeine und besondere Kriminal- und Polizei-, resp. Disziplinarstrafen 2c.) Partikularrechtlich findet sich der Unterschied von schweren und leichten (Hannover), peinlichen u. bürgerlichen (Baden, vgl. Feuerbach §. 136) Verbrechens- und Vergehens- (Oestreich) Strafen. Die Eintheilung in bestimmte und unbestimmte, ordentliche und außerord., resp. willkührliche Strafen hängt mit einer erst unten vorzutragenden Lehre zusammen.

Zweites Kapitel.

Der Tod des Verbrechers.

§. 126.

Die Möglichkeit, wie die Nothwendigkeit der angemessenen Wiederaufhebung des Verbrechens mittelst der Strafe fällt weg durch den Tod des Verbrechers (§. 114). Denn die Vollziehung der Strafe ist wesentlich bedingt durch das physische Dasein des Verbrechers. Und zwar gilt dies auch von den Vermögensstrafen, die nur dann vollzogen werden können, wenn noch bei Lebzeiten des Verbrechers eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt ist. Daß in diesem Falle die Vollziehung auch noch nach dem Tode des Schuldigen erfolgt, bildet keine Ausnahme von dem Prinzip, da hier die Strafe den noch Lebenden getroffen hat und als noch bei seinen Lebzeiten vollzogen gedacht werden muß, daher sein Vermögen eben nur nach Abzug der verfallenen Summe an seine Erben übergehen kann. — Dagegen ist es ein das Strafrecht gar nichts angehender Grundsatz, daß die aus dem Verbrechen hervorgehenden civilrechtlichen Verbindlichkeiten durch den Tod des Verbrechers in keiner Weise alterirt werden, wohin auch die fiskalischen Ansprüche auf die commissa und scelere quaesita gehören. N. Rev. §. 216.

1) Es ist unrichtig, wenn häufig der Tod gegenüber der Verjährung rc. nur als faktischer oder physischer Grund der Tilgung des Verbrechens aufgeführt wird [1]). Auch bei der Verjährung wirkt ebenso ein physischer Grund, die Macht der Zeit [2]). Aber der Grund, welcher die Bestrafung ausschließt, ist in beiden Fällen ein rechtlicher, da man sonst Strafen am Leichnam nicht unrechtlich finden könnte [3]). Dieser rechtliche Grund nun liegt beim Tode nicht darin, daß die Strafe bloß den Schuldigen treffen darf, mithin nicht vererblich ist [4]), sondern lediglich in der Natur der Strafe selbst, die nur den Willen zum Gegenstand hat und daher schlechthin wegfallen muß, wo dieser Wille nicht mehr existirt [5]), wovon es dann nur eine Selbstfolge ist, daß Strafe niemals auf die Erben über=

1) Feuerbach §. 70. Abegg §. 157. Klenze S. 93. Jarcke I. §. 54. Wächter I. §. 127. 128. Bauer §. 130. f. jed. not. a. Tittmann §. 60.

2) N. Rev. §. 216. 217.

3) Dies ist freilich bei Feuerbach nicht der Fall (§. 137), wohl aber bei Abegg S. 257. 258.

4) Als Hauptgrund führt dies Marezoll S. 203 an, wenigstens als Nebengrund Heffter §. 191, wogegen Feuerbach §. 138. 139 diesem Punkte seine richtige Stellung giebt.

5) Grolman §. 150. Stübel Krim.verf. §. 1368—70. Martin §. 102. Abegg §. 175. Heffter §. 191 (der jedoch gleichwohl die damnatio memoriae und die Versagung des ehrlichen Begräbnisses zu rechtfertigen sucht!).

gehen kann. Es sind daher Strafen am Leichnam [1]), damnatio memoriae, Versagung des ehrlichen Begräbnisses u. dgl. durchaus zu verwerfen [2]). Mit dem Tode dürfen daher auch nicht Flucht, Krankheit u. a. faktische Hindernisse der Strafvollziehung in Eine Linie gestellt werden [3]). Vielmehr gehört er, wie die Verjährung, in Eine Linie mit der Verbüßung der Strafe [4]). Nicht nur aber die Vollstreckung schon rechtskräftig erkannter Strafen (ausgenommen die Vermögensstrafen s. den §) wird durch den Tod ausgeschlossen, sondern auch die Eröffnung, resp. Fortsetzung der Untersuchung [5]).

2) Ueber die Tilgung des Verbrechens durch Erleiden der Strafe sollte gar nicht besonders die Rede sein müssen [6]). Es geschieht daher nur, um die irrigen Beschränkungen abzuweisen, die hiebei hie und da gemacht werden [7]), namentlich daß die Strafe nicht von einem ausländischen Staat auferlegt worden sei. Dies ist geradezu falsch [8]). Wenn ferner die Restriktion gemacht wird, daß nicht wegen Konkurrenz eines bei der früher ausgesprochenen Strafe nicht berücksichtigten Strafgesetzes oder wegen des gesetzlich Ungenügenden des zuerst auferlegten Strafleidens noch eine zusätzliche Bestrafung nöthig erscheine, so ist dies keine Ausnahme, sondern eine Bestätigung der Regel, da es sich hier ja eben von einer noch nicht durch Strafe getilgten Partikel von Strafbarkeit handelt [9]). Ebensowenig liegt eine Ausnahme in dem sich von selbst verstehenden Satze, daß durch die Erstehung der Strafe die privatrechtlichen Verbindlichkeiten aus dem Delikte nicht getilgt werden [10]), desgleichen in dem Satze, daß die Ehrlosigkeit die anderweitige Strafe überdauert [11]) (denn sie ist ja selbst als Strafe aufzufassen), ferner

---

1) Klein de execut. in cadav. 1699. Cocceji de just. poenae in abs. vel mortuos stat. 1711. Carpzov qu. 131. n. 41. Quistorp §. 94 und noch Feuerbach §. 137. s. dag. Kleinschrod III. §. 91. 92 und alle Neueren.

2) A. M. Heffter §. 191. s. dag. Roßhirt Entw. S. 373. 374 und wohl alle Neueren. vgl. indessen Grolman §. 150. n. a. Tittmann §. 60.

3) wie von Abegg, Klenze, Tittmann, Wächter ꝛc. geschieht. s. dagegen Bauer §. 130. not. a. Marezoll S. 200. Nur der Eintritt einer unheilbaren Geisteskrankheit würde hierher gehören. Allein die Unheilbarkeit wird wohl selten schon im ersten Augenblick ausgesprochen werden können. s. auch Abegg S. 259. — Gegen die älteren rohen Ansichten über diesen Fall s. Kleinschrod II. §. 60. vgl. Heffter §. 194.

4) Diese, der Hauptpunkt, wird von Bauer in einer Note abgemacht!

5) Das gem. Recht weicht allerdings mehrfach ab. s. überhaupt Reddingius de vi et effectu mortis ꝛc. 1823.

6) N. Rev. S. 908—910. vgl. l. 33 D. de poen. (48. 19). l. 23 C. eod. (9. 47).

7) Heffter §. 181.

8) s. ob. §. 23, wornach das N. Rev. S. 909. 910 Gesagte theilweise zu berichtigen ist. Abegg S. 247. Marezoll S. 200. not. 7. Nach den neueren Gbüchern muß freilich theilweise anders entschieden werden. s. zu §. 23. Den richtigen Grundsatz befolgt das wirt. Recht. s. Hufnagel I. 284. II. 883. St.GB. m. Anm. S. 124. n. 2.

9) Abegg a. a. O.

10) Feuerbach §. 134. Anders freilich nach dem früheren Rechte, so lang es die Begriffe von Strafe und Schadensersatz nicht gehörig zu sondern wußte. Eisenhardt Deutsch. Recht in Sprichwörtern S. 499.

11) Daß dies freilich in keinem Falle für die ganze Lebenszeit angeordnet sein sollte, darüber s. §. 125. Anm. 1. unter II. und III.

in dem Einflusse des abgebüßten Verbrechens auf die Beurtheilung eines Rückfalls [1]) u. s. f. — Der Erstehung der Strafe wird häufig noch die Freisprechung zur Seite gestellt [2]) (soweit nicht auch gegen ein freisprechendes Erkenntniß noch Wiederaufnahme der Untersuchung zuläßig ist). Allein es gehört dies gar nicht hierher, da ja betr. Falls ein zu tilgendes Verbrechen geradezu verneint wird [3]).

3) Es ist theils eine Folge der unrichtigen Motivirung des Grundsatzes, theils eine Folge der Gebundenheit durch gewisse Bestimmungen des römischen Rechts, wenn nicht selten das im § hinsichtlich der Vermögensstrafen Angeführte als Ausnahme von dem Prinzip bezeichnet wird [4]). Nicht minder unrichtig ist es jedoch, wenn Andere auch die gedachten römischen Bestimmungen, welche noch nicht rechtskräftig erkannte Geldstrafen auf die Erben übergehen lassen, nicht als Ausnahme von dem Prinzip gelten lassen [5]). Um so mehr ist es nöthig, den (von der neueren Gesetzgebung richtig anerkannten) Rechtssatz zunächst für sich festzustellen und von der Verwirrung durch geschichtliche Zufälligkeiten frei zu halten.

4) Der Satz, daß der Tod die civilrechtlichen Verbindlichkeiten aus dem Delikte nicht aufhebt [6]), gehört nur insofern hierher, als erwähnt werden muß, daß unter diese Verbindlichkeiten auch die zur Herausgabe der commissa und scelere quaesita an den Fiskus gehören [7]).

5) Das positive Recht hat sich in dieser Frage mancherlei Mißgriffe zu Schulden kommen lassen. Dahin gehört aus dem römischen Recht, das übrigens den Grundsatz ausdrücklich ausspricht [8]), — a) die beim crimen majestatis und

---

1) Wenn freilich beim Rückfalle in Doktrin und Gesetzgebung hie und da das Prinzip aufgestellt wird, daß die frühere Strafe als fruchtlos erstanden (neben der neuen) wiederholt werden müsse, so ist dies allerdings eine schreiende Verletzung jenes Axioms der Gerechtigkeit; es ist aber eben auch schlechthin verwerflich. — vgl. Abegg N. Arch. 1834. S. 415 ff. Martin §. 102.

2) s. Abegg §. 165. Heffter §. 182. Marezoll S. 200. n. 4.

3) N. Rev. S. 909. Abegg S. 248.

4) s. z. Feuerbach §. 70. Bauer §. 135. Wächter §. 128. Marezoll S. 204. 205.

5) z. B. Abegg §. 175, theilweise auch Jarcke I. §. 54. Nicht genau spricht sich Martin §. 99. 102 aus. s. dag. die ganz richtige und klare Ausführung bei Kleinschrod II. §. 38, der aber freilich dem positiven Recht Gewalt anthut. Tittmann §. 60 will übrigens nicht einmal die bei Lebzeiten des Verbrechers erkannten Geldstrafen auf die Erben übergehen lassen! Ebenso wieder Zachariä N. Arch. 1853. S. 398 ff. Roßhirt Entw. S. 376—384 bekümmert sich angeblich gar nichts um die Natur der Sache, thut es aber doch und bringt gerade das verkehrte Resultat heraus.

6) Ueber die Streitfrage, wie weit hier die Verbindlichkeit der Erben nach römischem, kanonischem und gemeinem deutschem Rechte reiche, s. das Privatrecht. vgl. übr. Roßhirt Entw. S. 374. 375. Heffter §. 193.

7) L. 14 D. de publican. (39. 4). l. 9 D. de j. fisci (49. 14). l. 12 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 14 D. ad l. Jul. pecul. (48. 13). l. 5 pr. D. de calumn. (3. 6). Weidlich de j. fisci c. persecut. eorum quae scel. quaesita sunt. 1752. Kleinschrod III. §. 72. Tittmann I. §. 71. Heffter §. 178. 192. n. 8. 193. vgl. für Wirtemberg StrafGB. Art. 368. Abgabenges. v. 1821. §. 14. Zollstrafges. 1838. Art. 21. — vgl. die französ. Ansichten b. Hélie traité de l'instr. crim. III. p. 512 sq. Anders z. B. im östr., hannövr. rc. GB.

8) L. 11 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 20 D. de poen. (48. 19). l. 1 §. 4 D. de requir. vel abs. (48. 17). T. C. si reus vel accus. (9. 6).

bei krim. Angeklagten, die sich aus Furcht vor der Strafe entleiben, eintretende damnatio memoriae [1]), — b) die Bestimmung, daß bei den crimina extraordinaria die Vermögensstrafe auf die Erben übergehen solle, sobald nur accusatio mota gewesen sei [2]), — c) daß bei den crimina ordinaria der Prozeß hinsichtlich der ausdrücklichen Vermögenskonfiskation nach dem Tode des verurtheilten Angeklagten wenigstens in der Provokationsinstanz fortgeführt werden könne [3]), — d) daß beim Hochverrath, dem crimen repetundarum, und der Desertion auch die stillschweigende Vermögenskonfiskation erfolgen solle, ohne daß der Angeklagte bei seinen Lebzeiten verurtheilt gewesen zu sein brauche [4]), — e) daß das Gleiche auch dann geschehen solle, wenn der Angeklagte sich aus Furcht vor der Strafe selbst entleibt habe [5]). Dagegen blieb im Uebrigen bei den crimina ordinaria hinsichtlich stillschweigender Konfiskationen die Regel: crimen exstinguitur mortalitate aufrecht erhalten [6]). Bei Privatdelikten dagegen giengen allerdings, sobald nur gegen den noch lebenden Erblasser wenigstens accusatio mota gewesen war, die Vermögensstrafen auf die Erben über, auch wenn er vor dem Urtheil starb [7]); allein dies beruhte eben nur auf der vorwiegend civilrechtlichen Natur dieser Delikte. — Sowohl die damnatio memor. als die Entziehung des ehrlichen Begräbnisses wurde in Deutschland aus dem fremden Recht rezipirt [8]). Von Strafen am Leichnam wissen die Gesetze nichts [9]); dagegen ist es nicht minder gewiß, daß die Praxis vom 17. Jahrh. an solche vollzog, theilweise selbst wenn kein Urtheil gegen den Lebenden mehr erfolgt war [10]). — Was dagegen

---

1) §. 3 J. de publ. jud. (IV. 18). l. 11 §. 3 D. de his qui not. (3. 2). l. 35 D. de relig. (11. 7). l. 24 D. de poen. (48. 19). Schreiter de damn. mem. 1689. Wolle de damnata mem. 1776. Kleinschrod III. §. 93.

2) l. 20 D. de accusat. (48. 2). A. M. Kleinschrod II. §. 38. s. dag. Roßhirt Lb. S. 103. n. 4. Marezoll bürg. Ehre S. 46 ff. Wächter I. S. 275.

3) L. 6 C. si reus vel accus. (9. 6). l. un. pr. D. si pend. appell. (49. 13). l. 3 C. eod. (7. 66). l. 13 §. 2 D. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 2 D. de bon. eor. qui ante sent. (48. 21). Marezoll a. a. O. Zweifel b. Roßhirt Entw. S. 378—380. Eine Halbheit war die Bestimmung jedenfalls.

4) L. 20 D. de accusat. (48. 2). l. 11 D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 2 C. ad l. Jul. repet. (9. 27). l. 4 C. de re milit. (12. 36). Gegen die Ausdehnung auf Ketzerei wegen l. 4 §. 4. 5 C. h. t. (1. 5) s. Matth. ad 48, 18. c. 2. n. 6.

5) L. 3 D. de bon. eor. qui ante sent. (48. 21). l. 1. 2 C. eod. (9. 50). l. 2 C. ubi caus. fisc. (3. 26).

6) L. 20 D. de accusat. (48. 2). l. 2 §. 2 D. de poen. (48. 19). l. 5 C. si reus vel accus. (9. 6).

7) L. 26. 33 D. de O. et A. (44. 7). §. 1 J. de perp. et temp. act. (IV. 12).

8) vgl. Csa. 24. qu. 2. c. 6. — c. 12 X. de sepult. (3. 28). Clar. §. fin. qu. 51. n. 13 sq. Carpzov qu. 2. n. 30. 31. J. H. Böhmer Exerc. ad Pand. II. ex. 42. Hübner über Ehre ꝛc. S. 126 ff. Meister rechtl. Erk. II, 49. Besonders beim Selbstmord erhielt sich das unehrliche oder wenigstens unfeierliche Begräbniß. Damn. mem. s. noch im bair. GB. Art. 301.

9) Kleinschrod III. §. 94. Wächter I. S. 276. Partik.Gesetze indessen doch. s. z. B. Theres. art. 4 §. 16. s. auch folg. Note.

10) Farinac. qu. 10. n. 77—80. Berlich. IV. concl. 5. n. 99. Carpzov qu. 131. n. 27 sq. Heig II. qu. 37. n. 32 sq. Quistorp §. 94 (s. indessen die Urth. b. Carpz. l. c. n. 36. 43. 46. 47). Preuß. LR. §. 805. Wirt. Duelledikt 1738. Art. 6 und Ges. 18. Jan. 1812 (Selbstmord); bei diesem scheint es auch früher besonders im Gebrauch gewesen zu sein. s. d. Urtheile b. Carpz. n. 50. 51. vgl. noch Böhmer ad C. qu. 131. obs. 3. Koch instit. §. 95.

den Uebergang der Vermögensstrafen auf die Erben betrifft, so fiel für das gemeine deutsche Recht aus dem römischen das hinweg, was sich auf die stillschweigenden Konfiskationen bezog. Es hätte daher auch das oben unter e) Angeführte wegfallen sollen; allein die P. G. O. Art. 135 hat die fragliche Bestimmung auf die ausdrücklichen Konfiskationen übergetragen [1]). Ebenso gieng die Bestimmung unter d) in das deutsche Recht über [2]). Dasselbe ist von der unter c) anzunehmen [3]). Dagegen ist die unter b) mit Recht nicht beachtet, vielmehr auf die crim. extraordinaria gleichfalls der Satz ausgedehnt worden, daß der Schuldige selbst mindestens noch in erster Instanz verurtheilt worden sein müsse, wenn die Strafen auf die Erben übergehen sollen [4]). Bei den Privatdelikten lag kein Grund vor, vom römischen Rechte abzuweichen [5]). Die neueren Gbücher kennen Strafvollziehungen am Leichnam nicht mehr [6]); auch nicht mehr die damnatio memoriae (ausgen. das bair. GB. Art. 301). In Beziehung auf Vermögensstrafen stellen sie den richtigen Grundsatz auf, daß dieselben nur dann auf die Erben übergehen, wenn sie bei Lebzeiten des Erblassers erkannt worden sind [7]). Nur das preuß. LR. (I, 9. §. 363. 364) ließ dies schon dann eintreten, wenn die Untersuchung gegen den Erblasser so weit geschlossen worden ist, daß der rechtlichen Festsetzung nichts weiter im Wege stand, und Konfiskationsurtheile selbst dann vollstrecken, wenn der Erblasser den Schluß der Untersuchung nicht mehr erlebt hatte [8]). Dabei unterscheiden sie sich dadurch, daß die einen beim Tode des Verurtheilten in der Appellationsinstanz den Prozeß fortgehen lassen [9]), resp. den Erben den Gebrauch von (durch den Erblasser selbst

---

1) Marezoll bürgerl. Ehre S. 330 ff.

2) Die Praxis scheint sie jedoch nur beim Hochverrath beachtet zu haben. Quistorp §. 76. Kleinschrod III. §. 67.

3) Wächter I. S. 276 ob. Heffter §. 192. n. 12. Marezoll S. 204. vgl. Quistorp §. 87. Sehr ungenau ist Carpzov qu. 131. n. 7—10. f. dag. d. ital. Liter. b. Farin. qu. 10. n. 45 sq.

4) Farin. l. c. bes. n. 54. Böhmer ad Carpz. qu. 131. obs. 1. Cocceji de oblig. hered. S. 4 §. 50. Koch §. 80. Wernher VII. obs. 15. Quistorp §. 87. not. b. (der freilich sehr willkührlich mit dem röm. Recht verfährt). Kleinschrod II. 38. 39 (gleichfalls das röm. Recht mißverstehend). Heffter §. 192. n. 7. Dagegen halten das römische Recht (gegen die vielfach bezeugte Praxis) für geltend Wächter und Marezoll a. a. O. Roßhirt Entw. S. 380 ff. findet es sogar in der Natur der Sache gegründet, daß bei uns alle Vermögensstrafen sogleich mit der accusatio mota auf die Erben übergehen!

5) Wenn Böhmer, Quistorp a. a. O., Feuerbach §. 139, Jarcke I. §. 54. n. 1 ꝛc. ꝛc. hierüber schweigen, so liegt der Grund wohl darin, daß die Praxis (und mit Recht) den Privatgeldstrafen überhaupt nicht günstig war. Freilich ist Quistorp in seinen Beitr. nr. 39. S. 576 f. vielfach willkührlich und inkonsequent, aber nicht so sehr, als es Roßhirt S. 383. 384 behauptet und jedenfalls steht er in der Sache selbst, im natürlichen Rechtspunkt klarer, als dieser, der hier wieder ganz ohne Noth alles Heil in der Rechtsgeschichte allein sucht.

6) s. zwar Preuß. LR. §. 805. vgl. aber Reskr. 24. Okt. 1812 (Mannk. S. 362).

7) ebenso im französ. Recht. Nach dem östr. GB. §. 24 (202). 527 (271) erlischt mit dem Tode alle Strafbarkeit und Strafanwendung ohne Ausnahme.

8) Letzteres spricht auch das preuß. GB. §. 20, 2 aus. s. o. Anm. 4. vgl. Temme Glossen S. 82. 83. Goldtammer I. 203—205.

9) Bair. GB. Art. 138. vgl. den neueren Entw. Art. 69 u. d. Mot. dazu.

noch nicht eingewendeten) Rechtsmitteln gestatten [1]), wogegen die übrigen Vermögensstrafen nur dann auf die Erben übergehen lassen, wenn das Erkenntniß noch bei Lebzeiten des Erblassers rechtskräftig geworden ist [2]). — Noch ist aber auch in den neusten Rechten großentheils ein Rest alter Barbarei erhalten geblieben: die Versagung eines ehrlichen oder wenigstens des sonst üblichen Begräbnisses. Am wenigsten darf es freilich verwundern, derlei (Ablieferung des Leichnams auf die Anatomie [3]), oder Einscharrung neben dem Richtplatze [4]), oder mindestens außerhalb des Todtenackers) [5]) im Gefolge der Todesstrafe zu finden. Nur das preuß. StB. §. 9 (u. die hessischen Entwürfe v. 1824 an) macht sich von der Rohheit verjährter Vorurtheile los. Im Zusammenhang mit jenen Vorschriften steht die ähnliche Behandlung solcher, die zur Todesstrafe verurtheilt sind, aber vor der Vollziehung sterben [6]), wenigstens dann, wenn sie sich selbst entleiben [7]). Ueberhaupt aber wird gegen Selbstmörder, auch wenn sie keineswegs durch den Tod sich einer Strafe entziehen, noch hie und da die alte Rohheit beibehalten, ihre Leichname auf die Anatomie zu schicken, resp. ihnen ein gehöriges Begräbniß zu versagen [8]).

---

1) Sächs. StB. Art. 74. Das thüring. Art. 68 spricht bloß von ergangenen (?) Erkenntnissen. In Reuß ist näher bestimmt, daß die Erben ein vom Erblasser noch eingewendetes Rechtsmittel ausführen oder fallen lassen, resp. wenn derselbe innerhalb der Nothfrist ohne Erklärung starb, während des Laufs derselben noch die zuständigen Rechtsmittel ergreifen können. Ueber alternative Geldstrafen in Sachsen s. Held und Siebdrat S. 136.

2) Hannövr. StB. Art. 87. Braunschw. §. 67. Hess. Art. 123. Zürich. §. 67. Nicht erwähnt ist der ganze Punkt im preuß. und bad. StB. s. dag. auch wirtemb. Ges. üb. d. priv.rechtl. Folgen. Art. 7. (Hier sind jedoch nicht nur s. o. Anm. 4 die commissa ausgenommen, sondern es bezieht sich die Bestimmung auch nicht auf die noch zulässigen Privatstrafen (namentlich bei der actio injur. aestim.), für welche es bei der Regel des römischen Rechts bleibt. Wächter Erläut. S. 41. n. 88 a). s. auch Zachariä N. Arch. 1853. S. 396—398, bes. n. 4. 5 (gegen Heffter).

3) Wirt. VO. 23. April 1829 (vgl. VOen von 1809. 1810!). Wächter Strafarten S. 19—21. Sächs. VO. 4. Juli 1829.

4) Oestr. StB. 1803. §. 450. Strafproz.O. 1850. §. 470. — Von 1853 §. 323!

5) Sächs. StB. Art. 6 (resp. Ablieferung an die Anatomie), ebenso der neue Entw. Art. 9, desgl. in Hannover s. Leonhardt I. S. 89. 90, in Hessen s. Breidenbach I. 1. S. 313—316 (gegen den humanen Entwurf!).

6) Sächs. StB. Art. 74 (in Altenburg gestrichen), nur sollen sie, wenn sie nicht an die Anatomie abgeliefert werden, wenigstens auf dem Gottesacker, wenn auch an einem abgesonderten Platz, in der Stille begraben werden; — Selbstmörder sind dabei nicht ausgeschlossen. Weiß S. 302. vgl. dag. Temme Glossen. S. 67.

7) In Wirtemb. Verscharrung durch den Nachrichter an einem abgelegenen Ort. Hufnagel II. S. 7. Ueber Preuß. LR. §. 804. 805 s. Goldtammer I. 200.

8) Außer Preuß. LR. §. 803 und Oestr. StB. 1803. II. §. 92. s. z. B. das Wirtemb. Recht bei Hufnagel II. S. 7., das hannövrische bei Leonhardt I. S. 331. n. 4.

Drittes Kapitel.

Die Verjährung.

§. 127.

Aber auch bei Lebzeiten des Verbrechers wird die Strafe ausgeschlossen durch die **Verjährung** (§. 114), indem die unendliche Macht der Zeit theils das Andenken der That oder wenigstens ihre verletzende Eigenschaft aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein tilgt, theils die Wiederaufhebung des verbrecherischen Willens im Innern des Thäters mit sich führen kann, bei Vereinigung beider Voraussetzungen aber der Zweck der Strafe nach seinen beiden Seiten (objektive Genugthuung für das im Gesetze ausgesprochene allgemeine Rechtsbewußtsein — und Wiederherstellung des Willens des Thäters zur Einheit mit dem vernünftigen Allgemeinwillen) sich von selbst aufhebt. Und zwar rechtfertigen diese Gründe nicht nur die Ausschließung der Untersuchung oder Anstellung der Klage, sondern auch das Wegfallen der bereits zuerkannt gewesenen Strafe. N. Rev. §. 217.[1])

1) Die Rechtmäßigkeit, resp. Zweckmäßigkeit der Verjährung in Strafsachen (abgesehen von dem positiven Rechte, das sie entschieden anerkennt) wird hie und da geläugnet, ja sie ist als widerrechtlich und für den Staat gefährlich

---

1) **Böhmer** Lit. S. 648 f. **Kappler** S. 276—281. — **Lauterbach** de crim. praescript. 1655. (Diss. acad. I. p. 967 sq). **Thomasius** de bigamiae praescr. 1685. (§. 1—45). **Knorre** lect. inaug. ad l. 12 C. ad l. Corn. de fals. 1695. **Engau** kurze jur. Betr. üb. d. Verj. in peinl. Fällen. 1733. (1772). **Ravii** princ. doctr. de praescr. mit Noten v. **Eichmann** 1780 (p. 348 sq.). Diese Noten sind zum Theil wörtlich aus **Böhmer** ad C. qu. 141. obs. 1 abgeschrieben! **Hallacher** princ. j. rom. de praescript. crim. 1788. **Henkel** D. utrum delictorum poenae praescriptione toll. 1793. **Hamelsveld** de praescr. crim. 1793. **Gründler** syst. Entw. d. Lehre v. d. Verj. d. peinl. Strafe 1796. **Kaulfuss** de praescr. crimin. 1802. **A. Arch.** IV, 1. S. 120 f. V, 3. S. 52 f. **Kleinschrod** im N. Arch. I. 203 f. **Dabelow** üb. d. Verj. Thl. 2. (1807) S. 136 ff. **Idsinga** de jure praescr. inprim. in causa crim. 1808. **Paysen** üb. d. Verj. in peinl. Sachen. 1811. **Stübel** Krim.Verf. III. §. 1410 ff. **Bentham** théorie des peines II. p. 390 ff. — **Oersted** Grundreg. S. 471 ff. Abh. II. 255 f. III. 293 ff. **Gans** Bel. d. hann. Entw. S. 239 ff. **Henke** IV. §. 22. **Bauer** Anm. I. 543 f. II. 239 f. **Ypeji** de praescr. crim. ac poen. 1826. **Trummer** in den krim. Beitr. III, 2. S. 237 f. **Unterholzner** Entw. d. gesammten Verj.lehre 1828. Bd. 2. §. 304 f. **Carmigniani** teoria delle leggi d. sicur. III. p. 342 sq. **Roßhirt** Entw. §. 64 ff. **Platzmann** obs. de poenarum praescr. 1832. **Vollgraff** verm. Abh. II. nr. 5. 6. **Riedel** de praescr. crim. 1831. **Gründler** N. Arch. 1836. S. 336 f. 1841. S. 512 f. **Zachariä** eb. 1842. S. 199 f. **Schwarze** eb. 1843. S. 454 ff. **Kraus** eb. 1846. S. 473 f. **Breidenbach** I. 2. S. 659 f. **Hélie** traité de l'instr. crim. 1848. III. p. 673 sq. **Hoorebeke** traité des préscript. en mat. pén. 1847. **Cousturier** traité de la préscr. en mat. crim. 1849. s. noch **Wirth** Ethik II. 336—338. **Mittermaier** n. 2. z. F. §. 64 und N. Arch. 1849. S. 562 ff.

angefochten worden [1]). Man behauptete, durch Anerkennung derselben werde das Recht seiner nothwendigen absoluten Geltung beraubt, resp. die Kraft der strafandrohenden Gesetze gelähmt, der Staat in seinem Hauptzweck, die Rechtssicherheit zu garantiren, beeinträchtigt; es werde dadurch die Hoffnung auf Ungestraftheit genährt, mithin zur Begehung von Verbrechen gereizt, und überdies der Nachläßigkeit fauler Richter Vorschub geleistet; überhaupt sei es die gröbste Inkonsequenz, eine Handlung für ein Verbrechen und nach einiger Zeit wieder für keines zu erklären. Allein alle diese Gründe sind unstichhaltig. Durch die Anerkennung der Verjährung wird keineswegs erklärt, daß die fragliche Handlung kein Verbrechen sei oder ein solches zu sein aufgehört habe [2]), — sondern nur, daß die in der Strafe liegende Reaktion ausgeschlossen werde, weil der Zweck derselben bereits durch die unendliche (alles Irdische in ihren Strom begrabende) Macht der Zeit erfüllt sei [3]). Es liegt darin also nichts weniger als die behauptete Inkonsequenz und im Mindesten keine Verläugnung der absoluten Giltigkeit des Rechts, sowenig diese in der Civilverjährung liegt, die in ihrem nächsten Grunde zwar von der Strafverjährung verschieden, im letzten aber mit ihr identisch ist. Dies wäre aber der einzige Einwurf von Gewicht [4]), während die übrigen theils nur andere und schlechtere Ausdrücke desselben sind (wie das von der Kraft der Gesetze und vom Staatszwecke Gesagte), theils weit hergeholt erscheinen und jedenfalls ebensowohl die Begnadigung treffen (wie der, daß die Hoffnung auf Ungestraftheit genährt werde) [5]), theils endlich bloß auf der Voraussetzung pflichtwidriger Richter beruhen, unter welcher die ganze Strafrechtspflege auch ohne Verjährung zur Spiegelfechterei wird. — Was nun aber die Einwendungen gegen die für die Verjährung vorgebrachten Gründe betrifft, so ist nicht zu läugnen, daß sie vielfach berechtigt sind, weil die gedachten Gründe nicht selten schief, oder einseitig, oder wenigstens unklar ausgedrückt sind. So konnte es freilich nicht genügen, wenn auf die Strafverjährung einfach der nächste Grund der Civilverjährung

---

1) s. bes. Hallacher, Henkel, Gründler, Paysen, A. Arch. V, 3. S. 52 f., Stübel, Henke, Bentham, Oersted, Carmigniani. — Kleinschrod, den Trummer zu den absoluten Gegnern rechnet und zwar im Gegensatze zu Oersted, ist dies viel weniger als letzterer; s. N. Arch. I. 206 ff., freilich ist er aber im höchsten Grade inkonsequent. Auch Stübel verwirft die Verjährung keineswegs durchaus, sondern bringt sie unter der Kategorie einer gesetzlichen Abolition zur relativen Geltung. Ebenso machen Oersted u. A. verschiedene Konzessionen. Gründler scheint die seinige (§. 15) im Jahr 1836 wieder zurückgezogen zu haben.

2) Böhmer ad Carpz. qu. 141. obs. 1. II).

3) Nicht zu verwechseln mit der einseitigen, früher oft (auch wieder von Hélie) aufgestellten Behauptung, daß in den während der Verjährungszeit von dem Thäter erduldeten Gewissensbissen die Expiation des Verbrechens liege. s. Mittermaier N. Arch. 1849. S. 568.

4) Man wird nicht verfehlen, durch diesen Einwurf gerade die absolute Theorie für getroffen zu meinen, und gegen die eine und andere Fassung derselben mag man Recht haben. Allein, wenn die Strafe eben nur als die Folge der Nichtigkeit des Unrechts in sich deduzirt wird, so ist damit eine andere Weise der Manifestation dieser Nichtigkeit, wodurch die Strafe entbehrlich wird, nicht ausgeschlossen.

5) Es kommt nur darauf an, die Verjährungsfristen gehörig zu bestimmen, um den Reiz zur Begehung von Verbrechen nicht zu stark werden zu lassen, wenn überhaupt dabei an die Verjährung, und nicht eher an die Leichtigkeit, auf der Eisenbahn zu entkommen und Andres gedacht werden sollte.

übergetragen wurde [1]), da diese auf der Verzichtbarkeit der betreffenden Rechte beruht [2]). Ebenso wenig, wenn man sagte, Gott habe im Laufe der Verjährungsfrist verziehen, und so müsse es auch der Mensch thun [3]). Oder, wenn bloß der objektive Grund der Verjährung (das Verschwinden der That aus dem allgemeinen Bewußtsein) [4]), oder gar bloß einzelne Nebengründe in objektiver Beziehung, wie die Verdunklung der Beweise [5]), besonders des Vertheidigungsbeweises [6]) rc., geltend gemacht werden. Oder wenn dasselbe in gleicher Einseitigkeit mit dem subjektiven Grunde geschieht [7]). Oder wenn man sich nur darauf stützt, daß das Mißglücken verspäteter Kriminaluntersuchungen dem Ansehen der Strafjustiz schade [8]). Oder wenn man in der Verjährung nur ein Privilegium, eine Konzession an die im Staate wünschenswerthe Stabilität der Verhältnisse sieht [9]). — Mehrere fassen freilich auch mehrere dieser Gründe zusammen [10]); aber die Wenigsten geben mit Bestimmtheit gerade die zwei Hauptmomente an [11]), außer welchen alles Andere nur sekundären Werth hat und, abstrakt geltend gemacht, leicht widersprochen werden kann. Nur die Vereinzelung der Gründe giebt daher den versuchten Widerlegungen ein relatives Recht. Sie halten aber

---

1) Böhmer ad Carpz. qu. 141. obs. 1. Quistorp §. 864. G. J. F. Meister princ. §. 466.

2) Hegel Rechtsphil. §. 64. Der richtige Grund wird nicht angeführt von Trummer a. a. O. S. 239. 240 (s. schon Gründler §. 13), der freilich nur auf Hugo Rücksicht nimmt. Auch andere Naturrechtslehrer verwerfen die Civilverj., z. B. Gros §. 86. 87. — vgl. dag. die scharfsinnige Ausführung von Stübel §. 1414—1419, welcher zwischen der Erstinktivverjährung der Civil- und der Kriminalklagen den Unterschied sehr treffend herausfindet. Aehnlich Cousturier p. 19—21. s. auch Breidenbach S. 660.

3) z. B. Strauss de praescr. del. §. 10. Stryk de action. III. c. 2. Roßhirt Entw. S. 411. — s. dag. Hallacher §. 6.

4) Gründler §. 15. Stübel §. 1413 j. 1380. Roßhirt S. 410—414. s. aber auch die in den ff. Noten Genannten.

5) z. B. Lauterbach, Thomasius l. c. Grantz def. reorum c. 8. m. 1. n. 1. Kleinschrod syst. Entw. II. §. 102. dag. N. Arch. I. 205 und abermals dag. S. 206! — Bei Unterholzner ist dies wenigstens der Hauptgrund, ebenso bei Bauer.

6) Mittermaier im N. Arch. 1849. S. 569. Anderswo (n. 2. z. F. §. 64, N. Arch. X. 715—717) läßt er auch andere Gründe ankommen. s. auch Hélie.

7) s. z. B. Püttmann Elem. §. 1047. Bei andern ist es wenigstens der Hauptgrund. so bei Engau a. a. O. Koch inst. §. 972. Hommel rhaps. quaest. obs. 38. Stelzer Lb. §. 243. Tittmann §. 61. Hoorebeke a. a. O. Gans a. a. O. u. A.

8) Ypeji p. 68.

9) Breidenbach S. 662. vgl. Stübel §. 1412. not. b. j. §. 1380.

10) so namentlich schon Meister l. c., Unterholzner, Hélie, Hoorebeke u. A.

11) Am besten noch Klein Grundsätze §. 184. vgl. Jarcke I. §. 55. — Feuerbach §. 64, Grolman §. 522, Roßhirt Entw. S. 385 ff. behandeln die Verj. bloß als positivrechtliches Institut; ebenso Heffter §. 186 f. Marezoll S. 205 f. In der Krit. d. Kleinschr. Entw. II. 242 verwirft Feuerbach sie kurzweg, weil sie die Hoffnung der Ungestraftheit nähre. Eine ganz aparte Ansicht ist die von Trummer: wegen Verdunklung des Beweises soll als Regel die Verjährung eintreten, aber in Ausnahmsfällen soll das Staatsoberhaupt auch nach 30 Jahren noch die Einrede der Verjährung abschneiden können. Ein Keim dieser Ansicht liegt übrigens schon in der Auffassung von Stübel.

nicht Stich, wenn das Institut in seiner Totalität ins Auge gefaßt wird. Wenn namentlich von Oersted a) gegen den objektiven Grund desselben die Beförderung der Hoffnung der Ungestraftheit vorgebracht wird, so fällt dies mit der Abschreckungstheorie dahin. Wenn er läugnet, daß die Zeit in allen Fällen das Andenken an die That auslösche, so sind die Ausnahmen doch sicher nur die seltensten Fälle, und „deshalb die Verjährung verwerfen — heißt: das Kind mit dem Bade ausschütten" [1]). Dagegen hat er allerdings Recht, wenn er den am gewöhnlichsten vorgebrachten Grund der Verdunklung des Beweises, besonders des Vertheidigungsbeweises nichts gelten läßt [2]). b) Wenn er gegen den subjektiven Grund vorbringt, es falle ja auch wegen früheren guten Lebenswandels die Strafe nicht weg, so ist der Schluß hievon auf die Verjährung ein ganz verfehlter [3]). Es handelt sich ja hier keineswegs von einem Prämium des Wohlverhaltens. Der Beweis der Besserung wäre ein problematischer nur dann, wenn von moralischer Besserung die Rede wäre, was natürlich nicht der Fall ist [4]). Mit Recht findet er es absurd, wenn schon ein ganz geringes Polizeivergehen die Verjährung unterbrechen sollte [5]). Dagegen ist es eine willkührliche Behauptung, daß es Verbrechen von solcher Intensität gebe, daß ein späterer untadelhafter Wandel keinen Gegenbeweis gegen die verdorbene Gesinnung des Thäters geben könne [6]). Daß es im Interesse des Staats liege, durch die Aussicht auf Verjährung die Rückkehr zur Ordnung zu erleichtern, ist freilich ein leicht angreifbarer Grund. Es ist aber überhaupt verfehlt, wenn man für die subjektive Seite der Verjährung die Besserungstheorie zu Hilfe nimmt, resp. in ihr, was freilich keine Kunst ist [7]), die Besserungstheorie angreift. Denn es handelt sich ja gar nicht davon, das rechtliche Moment dem moralischen zum Opfer zu bringen, den

---

1) Trummer a. a. O. S. 249 u. Schulze ib. cit. A. M. Breidenbach S. 661. s. überh. noch über diesen Punkt N. Rev. S. 913.

2) Damit sollen jedoch die wunderlichen Behauptungen Trummers (S. 244. 245) hinsichtlich des Vertheidigungsbeweises nicht gerechtfertigt werden. s. dag. auch Cousturier und Mittermaier N. Arch. X. 715. 716. u. 1849. S. 568. — vgl. übr. auch Breidenbach S. 661. Ganz barock ist es, wenn Hepp im Komment. sich nicht nur auf diesen seichten Grund kaprizirt, sondern von ihm aus auch überdies gegen die wahren Gründe und gegen die Strafverjährung Front macht.

3) s. das Nähere N. Rev. S. 914. 915. Es ist doch wohl zu beachten, daß von jeher sehr viele Kriminalisten, wenn auch oft nicht in der richtigsten Form, den subjektiven Grund allein od. vorwiegend od. doch neben andern geltend gemacht haben; so Püttmann, Engau, Koch, Hommel, Stelzer, Klein, Paalzow, Tittmann, Jarcke, Hoorebeke, Mittermaier, Gans u. A. s. auch schon Tiraquell de poen. temp. c. 24. n. 4. (freilich in höchst kurioser Form).

4) Daher war es freilich unrichtig, wenn das bair. GB. positiv eine gute Aufführung forderte. s. übr. Kleinschrod N. Arch. I. 211. 212.

5) Gleichwohl wird wegen Vermeidung dieser Absurdität das wirt. GB. von Hepp getadelt.

6) Dies schreibt auch Trummer nach S. 246. vgl. das östr. und hannövr. GB. Bauer Anm. II. 241—245. vgl. I. 545. 546. Mittermaier N. Arch. X. 718.

7) s. z. B. auch Gründler §. 12 und im N. Arch. 1836. S. 342—344. 351—353. Trummer S. 245—247. Bauer II. 240. 245. 246. vgl. I. 546. 547. s. freilich Blöde N. Jahrb. f. sächs. Strafr. 1844. S. 409 Anm. Roßhirt Entw. S. 393. 394 zieht ausdrücklich den Fatalismus des Zufalls der vernünftigen Entwicklung der Wirkungen des Zeitablaufs vor. — Sehr vag ist Abegg §. 170.

Verbrecher für seine Besserung zu belohnen, sondern nur davon, daß der subjektive Zweck der Strafe, als bereits durch die Macht der Zeit (durch die im Laufe der Zeit ununterbrochen vollzogene selbständige sittliche Regeneration des Verbrechers) bereits erfüllt, nicht mehr erfüllt zu werden braucht. Ueberhaupt aber dürfen die beiden Gründe der Verjährung (s. o.) nicht isolirt in's Auge gefaßt werden. — Daß diese beiden Gründe ebensowohl für die Verjährung bereits erkannter Strafen sprechen, zeigen sehr richtig die wirt. Motive, welche namentlich noch mit Recht darauf hinweisen, daß ja auch die Untersuchungsverjährung nach bereits gefälltem Erkenntnisse laufe, falls dieses nicht eröffnet werden kann, welcher Fall von dem der Strafverjährung offenbar nur wenig unterschieden ist [1]).

2) Das gemeine deutsche Recht kennt nur eine Verjährung des Prozesses, nicht der erkannten Strafe. Sie stammt aus dem römischen Recht [2]). Aus welchem Grunde sie aber, und wann sie eingeführt worden sei, ist bestritten. Nach der einen Ansicht wäre die Verjährung der Accusationen, als Konsequenz der Extinktivverjährung der Civilklagen, lediglich ein Produkt der Doktrin und Praxis gewesen [3]). Dies ist jedoch erweislich nicht richtig, da lange vor der allgemeinen Einführung der letzteren die Verjährung der Anklagen schon gesetzlich bestimmt war [4]). Zuerst [5]) findet sich die fünfjährige in der lex Julia de adult. [6]), erst später die allgemeine 20jährige [7]). Ob nun ein Anknüpfungspunkt in den prätorischen Pönalklagen [8]), ob für die 20j. Verjährung in dem longum tempus, namentlich in den quaestiones fiscales [9]) anzunehmen sei, steht dahin. Ebensowenig ist mit Sicherheit zu entscheiden, welches Motiv bei der Einführung der Anklageverjährung geleitet habe. Die meisten legen [10]) den römischen Gesetzen ihre eigenen Ansichten als Motive unter, sei es nun die Rücksicht auf Verdunklung der Beweise [11]), oder das Streben, einem gehässigen Rechtsmittel wenigstens in der Zeit eine Schranke zu setzen [12]), oder der Gedanke, daß indessen der Zweck der

---

1) vgl. die braunschw. Mot. bei Breym. S. 229. 230. Die Motive z. bair. Entw. Art. 70 ff. Hufnagel I. 290. Note. Leonhardt I. 379. A. M. Breidenbach I. 2. S. 696. 705—707. u. A. Das Nähere s. unten.

2) Allerdings finden sich auch im älteren deutschen Rechte Spuren davon. s. unt. In die Praxis gieng aber das römische über. Ueber Verjährung bei den Griechen 2c. s. Kretschmann D. de orig. praescr. crim. 1803 und Heffter §. 186. n. 2.

3) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. Quistorp §. 864. Feuerbach §. 64. Grolman §. 522. Roßhirt Lb. §. 55. Wächter Lb. I. §. 126. n. 10. Bauer Lb. §. 132. Jarcke I. §. 55. Ypeji c. 3 §. 1. Trummer S. 239.

4) Unterholzner II. 439 ff. Roßhirt Entw. S. 389. Bauer Anm. II. 239. Marezoll S. 206. n. 3.

5) Aus Cic. pro Rab. 9 scheint hervorzugehen, daß zu seiner Zeit noch nichts der Art bestand. s. indessen Heffter §. 186. n. 2. Lächerliche Phrasen s. bei Gründler N. Arch. 1836. S. 337.

6) l. 29 §. 6 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

7) l. 12 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22).

8) Roßhirt Entw. S. 387.

9) Unterholzner I. 51 f. Roßhirt S. 391. 392. s. schon Gründler §. 219. vgl. jed. dens. N. Arch. 1836. S. 337. n. 2.

10) s. dag. Grolman §. 522.

11) s. z. B. Unterholzner II. 439 f. Gründler N. Arch. 1836. S. 338 (s. aber S. 340!) und schon Thomasius u. A.

12) Gründler §. 5 u. N. Arch. 1836. S. 338. Roßhirt Entw. S. 387—389.

Strafe durch Gewissensqualen, resp. Besserung erreicht sei [1]). Von diesen Meinungen ist nun wohl die erste und dritte offenbar unstichhaltig, wogegen die zweite als sehr wahrscheinlich erscheint. Nur läßt sich dann nicht behaupten, daß diese Verjährung der Sache nach von der Civilklagenverjährung gar nicht verschieden gewesen sei [2]). — Als unzweifelhaft ist dagegen anzusehen, daß das römische Recht jedenfalls nur den objektiven Grund der Verjährung aufgefaßt und deshalb außer dem ungestörten Zeitablaufe kein weiteres Erforderniß derselben aufgestellt hat [3]). Ebenso ist jetzt kaum mehr ein Streit darüber, daß das römische Recht in das gemeine deutsche übergegangen ist [4]). Schon das ältere deutsche Recht zeigte Spuren des Instituts [5]); jedenfalls aber widerstritt das zur Zeit der Rezeption des römischen Rechts im deutschen noch herrschende System des Strafverfahrens der Aufnahme eines auf das Anklageprinzip gebauten Instituts nicht, und, wenn allerdings das Untersuchungsprinzip mehr und mehr zur Entwicklung kam, so konnte hierin ein Hinderniß schon deshalb nicht gefunden werden, weil ja auch im späteren römischen Rechte selbst schon dieses Prinzip Boden gewonnen hatte, ohne daß man das Institut der Verjährung damit unverträglich gefunden hätte. In der That zweifelte auch, obgleich die P.G.O. der Verjährung nicht erwähnt, der ältere deutsche [6]) (wie der italienische) [7]) Gerichtsgebrauch an der Anwendbarkeit des römischen Rechts in dieser Frage ebensowenig als der spätere [8]) oder als die gesammte neuere den Untersuchungsprozeß voraussetzende Gesetzgebung [9]). Nur diejenigen Bestimmungen des röm. Rechts wurden unter der Herrschaft des Untersuchungsprinzips unanwendbar, welche sich lediglich auf die Natur der Präskription als einer privaten Exzeption beziehen [10]). In der Hauptsache, der Wirkung der Verjährung [11]), trat keine Aenderung ein; nur die Vermittlung durch die Anklage als Bedingung der Bestrafung fiel weg. Eben damit aber drang sich der tiefere Grund der Verjährung, der sich im röm. Rechte hinter

---

1) Engau S. 13. Gans a. a. O. u. A.

2) so Roßhirt S. 390, während er S. 387—389 die Kriminalverjährung als Abolition darstellt und ihr eine ratio legis unterlegt, die zur Civilklagenverjährung entschieden nicht paßt. s. auch Marezoll S. 206. n. 3.

3) Uebrigens gilt dies nicht nur von dem subjektiven Erforderniß, daß der Thäter kein neues Verbrechen begangen haben dürfe, sondern ganz allgemein. Die Verjährung beginnt, auch wenn der Thäter das Delikt möglichst verheimlicht hat, wenn er entflohen ist, wenn die Verfolgung aus Nachläßigkeit des Gerichts keinen Fortgang genommen hat. Freilich ist dies mehrfach bestritten. s. unt.

4) A. M. Müller de praescr. crim. 1818 (N. Arch. II. 672). Mittermaier früher im Strafproz. Martin Lb. §. 103 u. Strafproz. §. 21. vgl. Bannitza de praescr. contra judicem ex off. inquir. locum non hab. 1769.

5) s. Mittermaier N. Arch. X. 714. 715. Birnbaum eb. XIV. 191. n. 16. Mittermaier n. 1. z. F. §. 64.

6) Carpzov qu. 141. n. 18—23 u. P. Theod., Gail u. A. ib. citt. ebenso in Frankreich. s. Hélie l. c. p. 676. 677.

7) s. die bei Farin. qu. 10. n. 3 Angeff.

8) s. fast sämmtliche neueren Kriminalisten, und zwar bes. die Ausführung bei Stübel §. 1415 ff.

9) Fast alle europäischen Rechte kennen das Institut (England macht eine Ausnahme; anders Schottland).

10) Stübel §. 1419. 1420. Eben dieser richtige Grundsatz wurde aber vielfach von der Doktrin und Praxis nicht beachtet.

11) Stübel §. 1418.

ihrer prozessualischen Bedeutung verborgen hatte, dem Bewußtsein stärker auf und es entstand das Bestreben, sich hierüber klar zu werden. Daß nun jedenfalls schon sehr frühe hiebei auch der subjektive Grund der Verjährung aufgefaßt wurde, zeigt die Anwendung, die man davon auf den freilich aus den Quellen nicht zu rechtfertigenden Milderungsgrund wegen theilweisen Ablaufs der Verjährungszeit machte [1]). In den ersten Partikulargesetzgebungen [2]) tritt nun zwar das subjektive Moment noch nicht hervor, wohl aber im östr. GB. 1803 [3]), in der preuß. Krim. O. [4]), im bair. [5]) und wirt. GB. [6]). Es herrscht daher über den Grund der Verjährung in den neuen Gesetzgebungen keine Uebereinstimmung. Ebensowenig über die Ausdehnung des Instituts auf bereits erkannte Strafen. Eine solche kennen [7]) das sächsische [8]) GB. (Art. 76), das wirtemb. (Art. 129), das braunschweigische (§. 71), das badische (§. 194), das thüringische (Art. 73) [9]). — Wenn nun aber die Geschichte des Strafrechts nichts gewisser lehrt, als daß in der Berücksichtigung des subjektiven Moments im Verbrechen und in der Strafe ein stetiger, noch keineswegs zu seinem Ziele gelangter Fortschritt stattfindet [10]), so ist es klar, daß diejenigen Gbücher auf dem rechten Wege sind, welche auch bei der Verjährung sich nicht mit der herkömmlichen einseitigen Beachtung des objektiven Moments begnügen [11]).

§. 128.

Zur Verjährung der Untersuchung bedarf es daher 1) des Ablaufs der von den Gesetzen vorgeschriebenen Frist, ohne daß das Gericht behufs der Untersuchung und Bestrafung der That bestimmte

---

1) s. die hierüber interessanten Verhandlungen bei Tiraqu. c. 24. Farinac. qu. 10. n. 84 sq. (bes. 87. 91), Carpzov qu. 141. n. 84—87 u. den dort Citt. vgl. die vielen bei Gründler N. Arch. 1841. S. 515. 516. n. 13—16 Citt., denen auch Carpz. beizuzählen ist, daher die Bem. v. Schwarze eb. 1843. S. 471 sehr oberflächlich absprechend ist. s. auch Stübel §. 1505.

2) Cod. Max. II, art. 11 §. 4. Theres. art. 16. Das preuß. LR. §. 63 hebt zwar das gedachte Moment sehr stark hervor, spricht aber (dem Abschreckungsprinzip zulieb) von der Verjährung nicht ausdrücklich. s. Reskr. 26. Febr. 1798.

3) Das Joseph. GB. hatte die Verjährung verworfen. Das GB. 1803 §. 208 fordert nicht nur, daß der Thäter kein neues Verbrechen begangen, sondern auch daß er für das früher begangene Ersatz geleistet und keinen Nutzen davon mehr in der Hand habe. vgl. Rev. GB. §. 229.

4) §. 598. 599.

5) Art. 139. vgl. Anm. I. 325 ff. Kleinschrod im N. Arch. I. 208 ff. s. auch den neuen Entw. Art. 73.

6) Art. 131. vgl. auch Bad. GB. §. 197. Hannövr. Art. 90. Ueber Sachsen Weiß S. 319. n. 4. Sardin. GB. Art. 151.

7) vgl. Code d'instr. crim. art. 635.

8) In Sachsen war dies schon früher Rechtens. s. Winkler Hdb. d. sächs. Proz. §. 190. Stübel Krim.Verf. §. 1487.

9) vgl. den neuen bair. Entw. Art. 74. Sardin. GB. Art. 144. Wadtländ. GB. Art. 77.

10) Osenbrüggen die Brandstiftung 1854. S. 192.

11) Sehr oberflächlich sprechen darüber diejenigen ab, denen es nur bei der gewohnten Tradition wohl ist.

Schritte gethan hat (s. §. 129), 2) der Gewißheit, daß der Thäter innerhalb der Frist kein weiteres Verbrechen begangen hat. Die Frist bestimmt sich länger oder kürzer je nach der Schwere der Verbrechen. Sie beginnt mit der Begehung des Verbrechens und ist ein tempus continuum, dessen Ablauf sich hiernach von selbst ergiebt. Bei keinem Verbrechen darf die Verjährung ausgeschlossen werden.

1) Von den angegebenen Erforderniſſen erkennen das gem. Recht und mehrere neue Gesetzgebungen nur das erste [1]) an, dagegen andre der letzteren (s. §. 127. Anm. 2) auch das zweite. Außer diesen beiden sind aber weitere nicht zuläßig, wie denn auch das gemeine Recht von weiteren nichts weiß. Die Verjährung beginnt nach demselben ohne Unterschied, ob die That oder der Thäter bekannt geworden ist, ob die Unkunde des Gerichts verschuldet oder unvermeidlich war [2]), ob durch einen Stillstand des Gerichts [3]) oder unmittelbar nach der That ergriffene Flucht des Thäters [4]) die sofortige Einschreitung unmöglich gemacht war oder nicht. Die entgegenstehenden Behauptungen beruhen auf irrigen Anwendungen der nicht einmal im römischen Strafverfahren giltigen römischen Rechtsregeln: Ignoranti — und agere non valenti non currit praescriptio [5]), überdies auf der falschen Ansicht, daß die Verjährung ein Benefiz des Angeklagten, oder daß Fahrläßigkeit des Richters der Grund der Kriminalverjährung sei [6]). Eine Ausnahme fand nur hinsichtlich der prätorischen Annalklagen, mithin auch der actio injuriarum aestimatoria [7]) statt. Dagegen haben neuere Gesetzgebungen allerdings — auch abgesehen von dem im §. unter 2) genannten — weitere Requisite aufgestellt, namentlich: daß der Thäter Ersatz geleistet und von dem Nutzen des

---

1) L. 11 §. 4 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

2) L. 29 §. 7 D. eod. In der ital. Jurisprudenz war dies bestritten, da Viele den Satz anwandten: ignoranti non currit praescriptio, mindestens bei unvermeidlicher ignorantia. s. die Lit. b. Farinac. qu. 10. n. 12. 13. Dagegen erklärt Carpzov qu. 141. n. 24. 25 die richtige Ansicht für die communis opinio. vgl. Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. III)., Leyser sp. 515. m. 4. 5. Engau §. 90. 91. A. M. Gründler §. 46. Dag. wohl alle Neueren. s. auch Hélie l. c. p. 702. 703.

3) L. 37 pr. D. de minor. (4. 4). L. 18 D. ex quib. caus. maj. (4. 6). A. M. Gründler §. 47.

4) A. M. Carpzov qu. 141. n. 55—57. Dabelow II. §. 207, nicht aber auch Grolman, Gründler u. A., die Stübel hier anführt, und die blos von der Flucht nach Einleitung des Prozesses reden. s. übrigens die (mit Ausnahme von §. 1456) richtige Ausführung von Stübel §. 1453—1459. Hommel rhaps. qu. obs. 38 (Praxis in Sachsen). Ebensowenig könnte gleich nach der That ausbrechender Wahnsinn den Beginn der Verj. hindern. Breidenbach I. 2. S. 667. 668. Hélie l. c. p. 717. Goldtammer I. 440.

5) Diese bezieht sich ohnedies in keinem Falle auf faktische Hinderniſſe. Thibaut Besitz und Verjährung II. §. 24.

6) s. dagegen Böhmer l. c. Bauer Anm. II. 247. 248.

7) A. M. Püttmann Elem. §. 406 (von Stübel mit Unrecht für das Gegentheil cit.). s. Cujaz. Comm. ad D. quod met. csa. l. 14 §. 2. Matth. 47. 4. c. 1. n. 17. 18. Gegen die Anwendbarkeit der römischen Regel sind Gründler §. 65, Weber üb. Inj. II. 144 f. resp. Stübel §. 1451. s. aber Kleinschrod Abh. III. 450—452.

Verbrechens nichts mehr in Händen habe [1]), daß er (überhaupt) [2]) nicht entflohen sei [3]), daß er dem Gericht unbekannt geblieben oder die Untersuchung, resp. Entscheidung aus Schuld des Richters unterblieben sei [4]). Indessen sind von diesen Hindernissen nur drei (die Flucht unmittelbar nach der That, die Unmöglichmachung der Untersuchung, resp. überhaupt das Nichtunbekanntgebliebensein des Thäters) [5]) der Art, daß sie schon den Beginn der Verjährung hindern oder hindern können, während die übrigen nur die begonnene Verjährung unterbrechen oder wirkungslos machen. — Auch nach den neuen Gesetzgebungen erscheint der Satz als Regel, daß die Verjährungszeit ein tempus continuum sei. Und zwar erscheint er in mehreren als durchgreifende Regel, auch für die nur auf Klage zu untersuchenden Delikte [6]). Dagegen lassen andre derselben zwar auch die letzteren in einer bestimmten Zeit (die freilich sehr verschieden bestimmt ist) schlechthin [7]) verjähren, stellen aber neben dieser Verjährung des Delikts noch eine Verjährung des Anklage- (oder Anzeige-) [8]) Rechts des Betheiligten auf, welche erst mit dem Augenblicke beginnt, wo dieser von der That (resp. dem Thäter) Kenntniß erhielt [9]). Die Wirkung davon ist die, daß es innerhalb der ersteren Frist zunächst darauf ankommt, ob der Betheiligte die gedachte Kenntniß erhielt. War dies der Fall, so hat er nun eine kürzere Frist [10]) offen, um die Untersuchung durch seine

---

1) Oestr. GB. §. 229 (208).

2) das hannövr. GB. Art. 88 und das preuß. §. 47. gehören hierher nicht. Gegen die abweichende Ansicht v. Bothmers s. Leonhardt I. 382.

3) Oestr. GB. a. a. O. (doch gilt dies nicht auch für Vergehen und Uebertretungen. §. 531). vgl. preuß. Krim.O. §. 599. Theres. art. 16. §. 8., wogegen der C. Maxim. ganz dem gem. Recht folgte.

4) Bair. GB. Art. 139. Hiernach hindert die bloße Flucht des Thäters den Beginn der Verjährung nicht. s. Kleinschrod im N. Arch. I. 209. 210. A. M. die Anm. I. 336 (?), wohl aber, wenn er unerlaubter Weise die Spuren, Beweismittel ꝛc. unterdrückt, überhaupt die Untersuchung unmöglich gemacht hat. Bair. Strafger. II. 328. Note. Bl. für Rechtsanw. I. 265. XI. 271.

5) In Baiern wurde das Letztere schon lang als unzweckmäßig eingesehen. s. Anhang zu den Mot. v. 1827 und neue Mot. z. Art. 70 f. Im hannövr. GB. Art. 88 ist dieser Punkt aus dem bair. entlehnt, aber sinnlos. Leonhardt I. 379. n. 5 a, S. 381. Schlüter S. 72. n. 41. Irrige Folgerungen bei v. Bothmer Erört. I. 209. Häberlin I. 190.

6) so im hess. GB. Art. 125. Breidenbach I. 2. S. 682. 683. (vgl. Stübel §. 1451). Der hier für die Abweichung von den meisten übrigen neuen deutschen G.büchern angef. Grund ist nicht richtig, da diese auch für die fraglichen Delikte eine absolute Verjährung aufstellen. Ebenso im bair. Entw.

7) s. jedoch wegen Sachsen und Braunschweig die folg. Noten.

8) Bad. GB. §. 190. vgl. Thilo S. 209.

9) Sächs. GB. Art. 77. 78. Wirt. Art. 130. Hannövr. Art. 89 (ganz schlecht gefaßt. s. Leonhardt I. 393. 394. v. Bothmer Erört. I. 203 f.), Braunschw. §. 71. 72. Bad. §. 190. Thüring. Art. 72. Preuß. §. 50. j. 45. 46. 339. Oestr. GB. bei Vergehen und Uebertr. §. 530. 531. Auch das wirt. GB., desgl. das badische haben eine unglückliche Fassung. Ueber ersteres s. Hufn. Strafgb. m. Anm. S. 125. 499. Bloß von Kenntniß der That spricht das hannövrische, bloß von Kenntniß des Thäters das thüring. GB., von beidem das wirt., bad., preuß., von Kenntniß des Verbrechens das sächs. und braunschw. Wie ungeschickt das Letztere sowie die Bestimmung des hann. GBs ist, zeigt Schwarze N. Arch. 1843. S. 466. 467.

10) Auch diese ist in den neuen Gesetzgebungen sehr verschieden bestimmt (6 Wochen 3 Mon., 1 J., 2 J.)

Anträge in Gang zu bringen. Läßt er diese unbenützt, so ist schon jetzt seine Klage und das Delikt verjährt, wenn auch die weitere Frist noch nicht abgelaufen sein sollte. Wahrt er dagegen jene, so kommt es nun nach den meisten Gbüchern nur noch darauf an, ob innerhalb des noch übrigen Rests der weiteren Frist die Untersuchung eingeleitet wird oder nicht (resp. eingeleitet wird, aber wieder liegen bleibt) [1]. Letzteren Falls tritt nach wirt., hannövr., bad., thüring. Recht mit dem Ablauf dieser (absoluten) Frist Verjährung des Delikts und des Klagerechts ein (und zwar ist diese Frist für das Klagerecht auch in dem Falle zerstörend, wenn innerhalb derselben der Betheiligte von der That oder dem Thäter gar keine Kenntniß erhalten haben sollte) [2]. Dagegen greifen nach dem preuß. und östreichischen GB., sobald nur der Klagberechtigte noch innerhalb der allgemeinen Verjährungsfrist die Klagerechtsfrist gewahrt hat, sofort die gewöhnlichen Grundsätze über Lauf, Unterbrechung und Wiederanfang der Verjährung Platz. Dasselbe gilt nach dem sächs. u. braunschw. GB., ja das letztere läßt sogar erst mit der Erhebung der Klage die gewöhnliche Verjährungszeit beginnen [3]. Außerdem lassen das sächs. u. das braunschw. eine fortwährende Unterbrechung der immer wieder laufenden Verjährung durch erneuerte Anträge des Betheiligten zu, so daß hier die Möglichkeit gegeben ist, die Verjährung in infinitum hinauszuschieben. Uebrigens ist es nach den neueren Gbüchern noch mehrfach ungewiß, ob gewisse Vergehen unter diese Bestimmungen fallen oder nicht [4]. Ein weiterer Uebelstand ist, daß mehrere der neueren Gbücher die Verjährung des Klagerechts schon mit der erlangten Kenntniß von der That beginnen

---

1) Das thüring. GB. läßt in diesem Fall die Verj. von Neuem laufen, die dann — bis zum Ablauf der absoluten Frist — der Betheiligte durch erneute Anträge unterbrechen kann.

2) in diesem Punkte — daß innerhalb einer besondern oder der allgemeinen Verjährungsfrist das nicht ausgeübte Klagrecht jedenfalls erlischt, — stimmen auch die andern Gbücher zu. vgl. Zürch. GB. §. 68.

3) Ebenso wie das braunschw. könnte das badische GB. verstanden werden. Dasselbe ist jedoch schlecht gefaßt, indem ein Amendement in den Text des Entw. hineingeschoben wurde. Aus den Mot. geht aber in Verbindung mit den Verh. klar hervor, daß die absolute Frist von 10 J. jedenfalls von Begehung der That an laufen soll.

4) Namentlich da, wo öffentliche Behörden, resp. fremde Regierungen oder Gesandtschaften die Klagberechtigten sind. s. z. B. wegen Majestätsbeleidigung Hufnagel I. 293. Note 369. III. 189. 190 (die S. 390 ob. angegebene Ansicht ist die von mir aufgestellte). vgl. Breidenbach I. 1. S. 644. 645 (? die Auslegung ist willkührlich; hätte das GB. sie gewollt, was möglich ist, so hätte es sich anders ausdrücken müssen) Leonhardt I. 386. 387. s. dag. preuß. GB. §. 50, wo ausdrücklich nur vom Klagerecht von Privatpersonen die Rede ist, daher die Fälle der §. 81. 103 ausgeschlossen scheinen. s. jed. Goldtammer I. 442. u. Frantz preuß. Strafpr. S. 42. 43. A. M. Beseler S. 204. Das sächs. GB. führt die Behörden (bei den Amtsverbrechen) mit auf Art. 77. 78. Das braunschw. schließt sie aus §. 244 z. 255. Nach hannövr. Recht ist Streit. s. v. Bothmer Erört. I. 199—201. Leonhardt I. 383 f. Dagegen gehören nach sächs. GB. die Maj.beleidigung und die Fälle des Art. 45. entschieden nicht hierher (s. auch Krug Stud. I. 145. Weiß S. 369), was ebenso vom thüring. GB. anzunehmen ist (das bei den Amtsverbrechen (Art. 322) gleichfalls dem sächs. zu folgen scheint), desgl. vom braunschw. §. 95. Nach den bad. Mot. Thilo 209. 210 scheint sich die Bestimmung des §. 190. nr. 3, wie nach letzterem, nur auf Delikte zu beziehen, bei denen Privatpersonen als Betheiligte erscheinen.

lassen, da seine Ausübung hier meist illusorisch werden muß [1]). Ueberhaupt aber leidet die ganze Behandlung dieser Materie in der neueren Gesetzgebung großentheils an Prinziplosigkeit [2]).

2) Der regelmäßige Zeitraum der Verjährung im gemeinen Rechte beträgt 20 Jahre für die öffentlichen Verbrechen [3]), — 30 Jahre [4]), resp. 1 Jahr [5]) bei den Klagen auf Privatstrafen. Von der ersteren Regel kommen jedoch Ausnahmen vor: a) Unverjährbare Verbrechen s. u. b) 5jährige Verjährungsfrist bei den admissa ex lege Julia de adulteriis [6]) (Ehebruch, Stuprum, Lenocinium, Sodomie [7]), Bigamie [8]), Incest) [9]), was die deutsche Praxis auch auf Konkubinat und Fornikation anwandte [10]), — bei der Vindikation des wegen Abgabendefraudation Verfallenen [11]), — beim Pekulat [12]) (durch die deutsche Praxis nach der comm. opinio außer Gebrauch gesetzt) [13]), — bei der accusatio ex scto Silaniano (ebenso) [14]). — Die römischen Bestimmungen über Verjährung der Klagen aus Privatdelikten wurden größtentheils dadurch ausgeschlossen, daß man diese Delikte öffentlicher Verfolgung und Strafe unterwarf. Dagegen blieben sie namentlich bei den Injurien in Gebrauch, wiewohl auch hier Vieles bestritten war [15]). — Von den neuen [16]) Gbüchern begnügt sich nur das sächsische mit Einer regelmäßigen Frist [17]), wogegen alle übrigen je nach der größeren oder ge-

---

1) Schwarze N. Arch. 1843. S. 466. 467. Wenn dieser übrigens dem sächs. GB. die zweckgemäßere Ansicht unterschieben will, so ist dies willkührlich. s. dag. auch Leonhardt I. 393 unten. Ueber die Anwendung des Grundsatzes: agere non valenti s. Schaffrath S. 663 (?). Held und Siebdrat rekurriren gar auf den Art. 39.

2) Dies rechtfertigt aber nicht ihre gänzliche Nichtbeachtung in den neuen Lehrbüchern!

3) L. 12 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22). l. 3 D. de requir. reis (48. 17). l. 13 D. de div. temp. praescr. (44. 3).

4) L. 3 C. de praescr. 30 annor. (7. 39).

5) pr. J. de perp. et temp. act. (IV. 12). vgl. jedoch l. 13 D. de serv. corr. (11. 3.) l. 1 §. 5 D. de his qui effud. (9. 3). l. 18 D. depos. (16. 3).

6) L. 29 §. 6 D. h. t. (48. 5). l. 1 §. 10 D. ad Sct. Turp. (48. 16). Kleinschrod Abh. II. nr. 10 §. 24.

7) A. M. Matth. 48, 3. c. 6. n. 1. s. aber l. 34 §. 1 D. h. t. §. 4 J. de publ. jud. (IV. 18.). Böhmer ad C. qu. 141. obs. 3. qu. 76. obs. 9. Thomas. l. c. §. 13. s. übr. auch wieder Unterholzner S. 451. Roßhirt Entw. S. 407.

8) Thomas. l. c. §. 48 sq. 56 sq. A. M. Roßhirt a. a. O. vgl. Wächter Abh. I. 161. n. 31.

9) von jeher sehr bestritten wegen l. 4 D. de quaest. (48. 18) u. l. 39 §. 5 D. h. t. s. die Aelteren bei Wächter Lb. I. S. 267 und außerdem dens. Abh. I. 169. 170. Unterholzner II. 448 ff. Roßhirt S. 406. Die Praxis war für die 5jähr. Verj., außer bei inceſt. Ehebruch (20 J.), so wenigstens in Wirt. und Sachsen. Dafür auch die meisten Neueren.

10) Koch inst. §. 923. Unterholzner II. 460.

11) l. 2 C. de vect. et comm. (4. 61).

12) L. 7 D. ad l. Jul. pec. (48. 13).

13) Wächter Lb. I. S. 269. vgl. Heffter §. 527. n. 2.

14) L. 13 D. h. t. (29. 5). Unterholzner II. 453. 454. Note.

15) Weber Injurien II. 140 ff. Wächter Lb. I. 270. Heffter §. 311. n. 10—12.

16) Der C. Maxim. hält sich auch hier im Wesentlichen noch ganz an das gem. Recht.

17) Die einjährige Frist betrifft zunächst das Klagerecht, bei dessen Nichtausübung

ringeren Schwere der Delikte die Verjährungszeiträume länger oder kürzer festsetzen [1]). — Schon nach gemeinem Recht galten nun aber — was freilich theilweise sehr bestritten war — einige Verbrechen für unverjährbar, — parricidium [2]), Apostasie [3]) und suppositio partus [4]), diese jedoch vielleicht nur unter der Voraussetzung, daß das Kind wirklich unterschoben blieb (?). Manche behaupteten auch dasselbe von allen Verbrechen, die im alten Test. mit Todesstrafe belegt seien, resp. von sehr geheim begangenen, ja wohl von allen sehr schweren [5]), oder mindestens von crimen majestatis [6]). — Die neueren Gbücher haben nun großentheils diese Inkonsequenz (denn eine solche ist die Ausnahme, welches Motiv man auch der Verjährung zu Grunde legen möge) [7]) aufgegeben. Einige derselben aber haben sie bei Verbrechen, auf denen Todesstrafe [8]), resp. unbedingt lebenslängliches Zuchthaus [9]) steht, beibehalten. Indessen hat das braunschw. GB. dies nur für den Fall gethan, daß bereits eine Untersuchung eingeleitet war, und auch in diesem Fall soll wenigstens nicht mehr auf Tod, sondern statt dessen auf lebensl. Kettenstrafe erkannt werden. Nach dem östr. GB. soll, wenn nur die Bedingungen der Verjährung [10]) erfüllt sind, statt des

---

wegen Unkenntniß auch hier die Regel (15 Jahre) eintritt. Freilich läßt dieses GB. die schwersten Verbrechen gar nicht verjähren. Besondere Ausnahmsfristen s. bei Schaffrath S. 662.

1) so schon die Theresiana art. 16. Nicht richtig ist dagegen die Behauptung von Marezoll S. 210, daß 10 Jahre als regelmäßige Frist für die ex off. zu unters. Verbr. bilden. Ebensowenig, wenn man behauptet, für die nur auf Klage zu unters. Delikte werden in der Regel kürzere Fristen angesetzt. Namentlich trifft dies nicht zu bei dem östr., preuß., sächs., braunschw. resp. hessischen, bad. und thüring. GB. — Ausnahmen von der Regel s. bei Weiß S. 315. 316. Hufnagel Strafgb. I. 125. 126.

2) l. 10 D. h. t. (48. 9). l. 13 D. ad sct. Silan. (29. 5). Lauterbach l. c. §. 26. Carpzov qu. 141. n. 52. Leyser sp. 515. m. 12. Werner Hdb. §. 292—297. Unterholzner II. 453 f. Roßhirt S. 408. Heffter §. 187. n. 2. Marezoll S. 207. n. 7. Müller Strafproz. §. 87. n. 20. Andere (Cujaz., Matth.) nehmen 20jähr., wieder Andere (Thibaut, Feuerbach, Grolman 2c.) 30jährige Verjährung an.

3) L. 4 C. de apost. (1. 7), längst veraltet.

4) L. 19 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). Thomas. l. c. §. 20. Grolman §. 23. Roßhirt Lb. §. 56. Heffter §. 187. n. 4. Andere sind für Unverjährbarkeit (so jetzt wieder Müller a. a. O. Mittermaier n. 1. z. F. §. 65). Andere für 20jähr. (Cujaz., Matth. 2c.), wieder Andere für 30j. Verjährung (Thibaut 2c.). vgl. Roßhirt S. 397.

5) Carpzov qu. 141. n. 52. Anerkannt im C. Max., obgleich die Anm. n. c. zugeben, daß das röm. Recht nichts davon wisse, (sie berufen sich auf die ältere bair. Malef.-O.). Auch die Theres. hat noch einen großen Katalog von Ausnahmen.

6) s. noch Quistorp §. 865 und die in vor. Note cit. Gbücher.

7) s. Feuerbach §. 68. Schwarze N. Arch. 1843. S. 455. 456. Mittermaier n. 1. z. F. §. 65. theilweise Bauer Anm. II. 241 f. vgl. Leonhardt I. 380. 381.

8) Oestr. GB. §. 231. Hannövr. Art. 90.

9) (resp. lebenslängliche Kettenstrafe) Sächs. GB. Art. 80. Thüring. GB. Art. 76. (vgl. noch bes. Meiningen). Braunschw. §. 71. Zürch. §. 68. Das preuß. GB. setzt für todeswürdige Verbrechen nur eine längere Frist. Der sächs. Entw. Art. 106 fügt wenigstens eine Modifikation bei.

10) Schadensersatz, und daß der Thäter keinen Nutzen mehr in Händen habe, nicht entflohen sei und kein neues Verbrechen begangen habe.

Todes auf Kerker erkannt werden [1]). Nach dem hannövrischen kann das Gericht den Verbrecher zur Begnadigung empfehlen, wenn er während der 20 J. durch ein tadelfreies Leben ernstliche Besserung zu erkennen gegeben hat [2]).

3) Die Frist beginnt, wo das tempus ein continuum ist, also in der Regel (s. Anm. 1), mit der Verübung des Verbrechens [3]), und zwar nach gemeinem Recht mit dem Tag der Verübung [4]). Wurde das Verbrechen vollendet, so nehmen die Meisten mit Recht an (einige Gbücher sagen es auch ausdrücklich) [5]), daß erst mit dem Eintritte des Moments der Vollendung im techn. Sinn die Verjährung beginne [6]), nicht etwa mit der letzten Handlung des Verbrechers, wenn dieser jene Vollendung erst nachfolgte [7]). Blieb es dagegen bloß beim Versuche, so ist natürlich vom letzten Versuchsakte an zu zählen. Wo Theilnahmehandlungen in Frage sind, da wird von Vielen die abstrakte Entscheidung gegeben, daß stets die letzte Handlung des physischen Urhebers, resp. der Eintritt des Erfolgs entscheide [8]). Dies ist jedoch nur in denjenigen Fällen richtig, wo die Theilnahmehandlungen (des Gehilfen oder Anstifters) als abhängig vom Handeln des physischen Urhebers, resp. als gelungene Anstiftung erscheinen, dagegen nicht, wo dieselben als relativ selbständige Akte beurtheilt werden müssen [9]) (s. o. §. 94. 98. 100). Bei fortgesetzten Verbrechen entscheidet der letzte verbrecherische Akt [10]), was freilich bedenklich erscheint, wenn der Begriff des fortgesetzten Ver-

---

1) Aehnlich Zürch. GB. §. 84–86. Thurgau. Art. 93. Sardin. GB. Art. 141. 142.

2) Ebenso schon bei zuchthauswürdigen Verbrechen in Oldenburg. VO. 11. Okt. 1821.

3) Je nachdem a momento oder a die gezählt wird, drücken sich Schriftsteller und Gbücher verschieden aus. Außerdem sind sie hierüber einverstanden. s. l. 11 §. 4. l. 29 §. 7 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

4) ebenso Code d'instr. art. 637. Hélie III. 704. Hess. GB. Art. 124. Preuß. §. 64. — Das sächs., wirtemb., hannövr., braunschw., badische, thüring. GB. nennen dagegen den Augenblick der begangenen resp. vollbrachten rc. That, das östr. den Zeitpunkt des begangenen Verbrechens. Eine eigenthümliche Ausnahme hat das wadtl. GB. Art. 75, 3.

5) z. B. bad. GB. §. 191. thüring. Art. 71. braunschw. §. 72.

6) Aeltere (s. z. B. Gründler §. 23) führten freilich ganz unpassende Gründe an. s. auch Platzmann §. 4.

7) Mit Unrecht meint aber Schwarze S. 459. n. 11, daß Stübel, Grolman und Tittmann dieser Meinung seien, da sie sich offenbar nur ungenau ausdrücken, wie wenigstens bei Stübel aus den Citaten klar zu ersehen ist. s. übr. auch Abegg §. 173. Bauer Anm. II. 251. Ebenso unrichtig meint er, daß man darauf geführt werde, wenn man der Verj. zugleich mit dem objektiven Momente ein subjekt. Motiv unterlege. Denn für den Anfang entscheidet jedenfalls das erstere. Dagegen zeigt er richtig, daß auch das sächs. GB. nach der comm. opinio auszulegen sei. S. 460. vgl. hins. des hannövr. Gbs in gleicher Frage Bauer Anm. II. 251. v. Bothmer Erört. I. 196. Leonhardt I. 392.

8) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. III). Engau §. 80. Quistorp §. 868. n. c. Gründler §. 23. n. b. Stübel §. 1440. f. ff. Not. Roßhirt Entw. S. 396. Unterholzner II. 465. n. 2. Müller Strafproz. §. 87. n. 12. Breidenbach I. 2. S. 667.

9) Richtige Andeutungen, jedoch unsicher und ungenau bei Schwarze S. 460. 461. vgl. Tittmann §. 61. und Stübel §. 1444.

10) Es ist verwirrend, wenn diese mit den fortdauernden zusammengeworfen werden, wie im braunschw. GB. §. 72 j. 56, bei Mittermaier n. 4 z. F. §. 66, bei Stübel

brechens (unzulässig) durch Fiktionen ausgedehnt wird [1]). Sehr getheilt sind dagegen die Ansichten hinsichtlich der fortdauernden Verbrechen, besonders hinsichtlich der Bigamie [2]). Man hat diesen Begriff überhaupt verworfen, weil man nicht die Folgen, sondern nur die Handlung des Verbrechens bestrafen dürfe [3]). Allein daraus geht nur hervor, daß man den Begriff richtig begrenzen muß. In der That sind nämlich fortdauernde Verbrechen nicht alle diejenigen, welche in ihren Folgen fortdauern, was auf die meisten Verbrechen anwendbar wäre, — daher gehört darunter z. B. nicht die Desertion [4]), die Befreiung oder Selbstbefreiung eines Gefangenen [5]); sondern nur solche, welche als verbrecherische Akte selbst fortdauern [6]), wie das widerrechtliche Gefangenhalten [7]), die fortdauernde Entziehung der Freiheit, resp. des Staats- oder Familienschutzes bei Menschenraub und Entführung [8]), das Leben in mehrfacher Ehe [9]), die Unterdrückung oder Fälschung des Familienstandes [10]). Bei wiederholten Verbrechen (im Gegensatze zu den fortgesetzten) beginnt die Verjährung je mit der Vollendung der einzelnen Delikte. Daher wäre es für alle diejenigen Gesetzgebungen, welche die Verjährung durch neue Verbrechen nicht unterbrochen werden

---

§. 1441—1443. und in der franz. Jurisprudenz. s. darüber Hélie III. 704—714. Hoorebeke p. 97 sq. Cousturier p. 258 sq.

1) v. Bothmer Erört. I. 97. **. Leonhardt I. 393. n. 7. s. übr. Unterholzner II. 467. und schon Farin. qu. 10. n. 16. 86. vgl. Goldtammer I. 437.

2) Wiesand de initio praescr. in crim. bigam. 1794. Thomas. §. 52. Gründler §. 80. Unterholzner II. 466 f. Wächter Abh. I. 161. n. 31.

3) Stübel §. 1441. 1442.

4) Hélie III. p. 708. 709. ebenso in Wirtemb. s. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 127. n. 4. vgl. Komm. I. 301. Note.

5) Hélie p. 708.

6) welche einen état permanent de flagrant délit konstituiren. vgl. Breidenbach I. 2. S. 665—667. Schwarze S. 461—465 (unsicher). Nicht ganz richtig Tittmann I. §. 61. s. dagegen auch Mittermaier n. 4 z. F. §. 66. Thilo S. 210. 211. Goldtammer I. 435—437 (nicht ganz genau).

7) Breidenbach S. 665. Hélie p. 705. Hufnagel I. 301.

8) Mit Unrecht beschränkt das bad. GB. §. 347 die hinsichtlich der Entführung getroffene Bestimmung auf den Fall des §. 339. A. M. Hélie p. 706, s. jedoch Jousse ib. cit. Hufnagel a. a. O.

9) Manche Gesetzgebungen sehen freilich das Eingehen der zweiten Ehe als ein Faktum an, das sofort verjähre, — s. z. B. preuß. Krim.O. §. 601. vgl. über Wirtemberg Hufnagel III. 363. 648. Code pén. art. 340. Hélie p. 706 (anders die frühere Jurisprudenz in Frankreich), — so auch Unterholzner II. 466. Henke IV. 190. Müller Strafproz. §. 87. n. 12. Heffter §. 189. n. 4. Indessen läßt man denn doch die Verjährung des mit der Bigamie verbundenen Ehebruches erst mit der Auflösung der einen oder andern Verbindung durch Tod oder im Wege Rechtens, resp. schon dann, wenn der Beischlaf in der bigamischen Verbindung unterlassen, diese aufgegeben wird (Thomas. Wiesand l. c. Wächter a. a. O. A. M. dagegen Gründler), beginnen. Unrichtiger Weise meint Schwarze S. 462. S. 16, dies sei bloß Henkes Ansicht. vgl. bair. Strafger. II. 179. — Mehrere neuen Gesetzgebungen gehen dagegen von dem richtigen Gesichtspunkt aus, s. z. B. bad. GB. §. 357. preuß. GB. §. 139. vgl. Beseler S. 308. 309, der auch S. 199 die Begriffe von fortgesetzten und fortdauernden Verbrechen sich nicht klar gemacht hat. braunschw. GB. Mot. (Breym.) S. 231. vgl. Breidenbach I. 2. S. 665. 666. Schwarze S. 461 f. (S. 463 mit Recht gegen Wächter). sächs. Entw. Art. 109.

10) Püttmann Elem. §. 1053. Grolman §. 523.

lassen [1]), doppelt am Platz gewesen, zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen möglichst genau zu unterscheiden, was aber freilich großentheils nicht geschehen ist [2]).

4) Wann die Frist ablaufe, ist nach gemeinem Rechte sehr bestritten. Nach der einen Ansicht soll hier die Civilberechnung, nach der andern die Naturalberechnung in Anwendung kommen [3]). Dabei streiten aber die Vertheidiger der ersten Meinung wieder darüber, ob die natürliche Berechnung durch die civile überschritten werde oder nicht [4])? Von den neuen Gesetzgebungen rechnen einige einfach a momento ad momentum [5]), andere rechnen den Anfangstag ganz ein, wenn auch das Delikt erst am Schlusse desselben begangen sein sollte [6]); wieder andere zählen vom Augenblick der beendigten That an bis zum Anfang des letzten Tags der gesetzlich bestimmten Frist [7]). Das Richtigste, da hier außer der Sache selbst kein andres Moment (wie der favor rei u. dgl.) entscheidend sein kann, ist die einfache Rechnung a momento ad momentum [8]).

5) Bei den neuen deutschen Gesetzgebungen entsteht jedoch im einzelnen Fall die schwierige Frage, welche von den verschiedenen Verjährungsfristen die zutreffende sei? Daß es jedenfalls zunächst nicht auf die in concreto verwirkte, sondern auf die gesetzlich angedrohte Strafe ankommt, ist allgemein [9]) zugegeben, wenn gleich der hie und da dafür angegebene Grund [10]), daß es ja überhaupt Zweck der Verjährung sei, gerichtliche Untersuchungen abzuschneiden, nicht richtig ist [11]). Ueberall sicher leitend wäre nun jenes, wenn jedes Delikt seine schlechthin bestimmte Strafe hätte, so daß nirgends Strafgrenzen vorkommen könnten, die von einer Stufe der Verjährungsskala in die andere hinein reichten. Eine solche scharfe Abgrenzung läßt sich jedoch nicht durchführen (s. das ff. Kap.); überdies

---

1) Die Bemerkung von Breidenbach S. 667. n. 11 ist irrig. In den betr. Staaten (Oestreich, Baiern, Wirtemberg) läuft allerdings die Verjährung ganz ebenso, aber sie wird durch das wiederholte Verbrechen unterbrochen.

2) sowenig als im franz. Recht; s. die verschiedenen Ansichten und Bestrebungen, Regel in die Unordnung zu bringen, bei Hélie, Hoorebeke, Cousturier a. a. O.

3) s. Wächter Lb. I. S. 271. Gründler N. Arch. 1841. S. 512—515 (?).

4) Für letzteres Roßhirt Entw. S. 397—402. Müller §. 87. n. 13. — Dag. Unterholzner II. 468. Heffter §. 189. n. 7. vgl. v. Savigny Syst. IV. 368. 412 ff.

5) Sächs., hannöv., bad., östr. GB.

6) Hess., preuß. GB. Breidenbach I. 2. S. 663. Goldtammer I. 437 (der den Endpunkt mit dem Anfang des letzten Tags setzt). Anders der bair. Entw. Art. 72., der diesen Tag nicht einrechnet und die Frist mit dem Ablauf des letzten Tags schließen läßt. vgl. Hélie p. 704.

7) Wirtemb., braunschw., thüring. GB., neuer sächs. Entw.

8) Feuerbach §. 66. Grolman §. 523. Bauer §. 134.

9) Anders in der franz. u. belgischen Jurisprudenz, wo gerade hierauf das Hauptgewicht gelegt wird. Hélie p. 686 sq. Cousturier p. 289 sq. (von Mittermaier gebilligt N. Arch. 1849. S. 572).

10) Bauer Anm. I. 548. Schlüter S. 72. n. 42. Breidenbach I. 2. S. 679. Braunschw. GB. ed. Breym. S. 231. 232. Bei hannövr. u. hessischen Schriftstellern fällt dies um so mehr auf, da gerade diese Gbücher gewisse Verj.fristen nur für dolose Verbrechen bestimmen, der dolus aber doch der äußeren That nicht an die Stirn geschrieben ist.

11) Leonhardt I. 390.

aber gehen die neuen Gbücher gar nicht selten in der Erweiterung des richterlichen Ermessens noch viel weiter, als nöthig und zweckmäßig ist, und so entstehen denn Strafdrohungen von sehr großem Umfang. Namentlich solche, die zwei, ja drei verschiedene, in verschiedene Verjährungsstufen verwiesene Strafarten umfassen [1]). Welche soll nun für die Verjährung den Ausschlag geben, die höchste oder die niederste? Offenbar keine von beiden, da beide gesetzlich angedroht sind. Es bleibt also nichts übrig, als eine Untersuchung über den konkreten Fall insoweit anzustellen, bis sich herausstellt, ob die höhere oder geringere Strafart zu erkennen wäre, in dubio aber pro reo, d. h. für die letztere zu entscheiden [2]). Indessen läßt sich hier dadurch abhelfen, daß das Gesetz ausdrücklich zum Voraus erklärt, es solle für die Verjährung die höchste [3]) oder die niedrigste [4]) Strafgrenze entscheiden, was jedoch beides zu großen Inkonvenienzen führen kann [5]). Läßt sich aber hier eine Untersuchung des konkreten Falls vermeiden, so ist dies bei einer ganzen Reihe von Verbrechen nicht der Fall, welche verschiedene Stufen haben und je nach diesen mit den verschiedensten Strafen bedroht sind (namentlich Diebstahl und Raub). Hier muß nothwendig festgestellt werden, welche Stufe des Verbrechens (z. B. je nach dem Betrage des Gestohlenen, den Qualifikationen der That ꝛc.) vorliege; im Zweifelsfalle wird aber wieder für die geringere Stufe, d. h. die kürzere Verjährungsfrist entschieden werden müssen [6]). Zweifelhafter ist die Frage, ob auch gesetzlich bestimmte Schärfungs- und Milderungsgründe berücksichtigt werden sollen? Hierher gehören nun zunächst nicht solche Fälle, wo das Gesetz je nach dem Werth des Gegenstands oder andern Umständen eine höhere oder geringere Strafart androht [7]). Diese fallen lediglich unter die vorige Regel, da hier in der That verschiedene Verbrechensstufen vorliegen [8]). Wo dies aber nicht der Fall ist, da ist es an sich völlig gleichgiltig, ob das Gesetz im einzelnen Fall wegen erschwerender oder mildernder Umstände in eine höhere oder

1) Man darf sich darüber nicht wundern, da von Seiten der Doktrin in dem Predigen der Zweckmäßigkeit alternativer Strafdrohungen so oft alles Maß überschritten wurde. Beispiele liefert namentlich das hannövrische GB.

2) s. Leonhardt I. S. 388. A. M. Bauer Anm. I. 548. Schlüter a. a. O.

3) So das preuß. GB. §. 46. Thüring. GB. Art. 71. Bad. §. 190. Ebenso ist nach Breym. S. 231. 232 das braunschw., nach Breidenbach S. 680 das hessische GB. auszulegen. s. dag. Hufnagel I. 298—300. Oestr. Hofdekr. 11. Apr. 1834. Weiß S. 323. 324 (vgl. jed. Krug Stud. I. 144. u. Mot. z. neuen Entw. Art. 106 f.).

4) Von Bauer Anm. II. 250 vorgeschlagen.

5) Dies hat sich besonders am sächs. GB. gezeigt, das mehrfach lebensl. Zuchthaus nur relativ neben zeitlichem androht, wo denn Zweifel entstanden, ob im einzelnen Fall Verjährung überhaupt stattfinden könne oder nicht. Im thüring. GB. u. im neuen Entw. ist dieser Uebelstand beseitigt.

6) Leonhardt I. 388. Breidenbach I. 2. S. 680. Dies Verfahren ist auch nach denjenigen Gesetzgebungen unvermeidlich, welche die Regel aufstellen, daß die Maximalstrafe entscheide. s. auch Hufnagel I. 291 u. Kapff ib. cit.

7) s. z. B. hannövr. GB. Art. 137.

8) Insoweit entscheidet Leonhardt I. 389 richtig. Abgesehen aber hievon steht das, was er ausführt, im schneidendsten Widerspruch mit dem S. 387 Behaupteten. Die Prinziplosigkeit zeigt sich auch darin, daß er bei c) bald die poena ord., bald den Satz: in dubio pro reo als Regel gelten lassen will. Er scheint sich durch Breidenbach haben irre führen zu lassen. Fast unbegreiflich ist S. 388. n. 6.

geringere Strafart überzugehen gestattet, oder ob dies wegen allgemein aufgestellter Schärfungs- oder Milderungsgründe geschehen müßte. Wollte man nun hier allgemeinhin die Regel aufstellen [1]), daß die Verjährungszeit sich nach diesen Umständen richten müsse, so wäre dies offenbar höchst unzweckmäßig, da in jedem Falle geradezu eine vollständige Untersuchung durchgeführt werden müßte [2]). Andrerseits kann im einzelnen Fall das Dasein eines solchen Umstands schon bei der Anschuldigung ganz klar vorliegen, resp. durch die einfachste Untersuchung sich ermitteln lassen, wie z. B. Jugend, Rückfall, — ja, es kann, wenn es sich um eine nur nach bereits gepflogener Untersuchung wieder in Gang gekommene Verjährung handelt, ein solcher Umstand bereits völlig bewiesen sein. Hier wäre es nun offenbar die größte Ungerechtigkeit nach der einen oder andern Seite hin, wenn der fragliche Umstand bei Bestimmung der Verjährungszeit ignorirt werden sollte [3]). Man wird daher hinsichtlich jener Frage keine allgemeine Regel aufstellen, sondern so entscheiden müssen, daß die Frist sich zunächst nach der poena ordinaria richte, dagegen in den zuletzt angegebenen Fällen nach der durch den Schärfungs- oder Milderungsgrund bestimmten Strafe. — Nach dem bisher Ausgeführten kann es nun in verschiedenen Fällen vorkommen, daß in Voraussetzung eines schwereren Verbrechens und einer hiernach längeren Verjährungsfrist, oder auch nur behufs der Ermittlung der zutreffenden Frist eine Untersuchung eröffnet und weiter geführt wird, hiebei aber gleichwohl sich herausstellt, daß nur eine Strafe zu erkennen ist, welcher gemäß vor Eröffnung der Untersuchung die Verjährung bereits abgelaufen war. Solchenfalls muß trotz der geführten Untersuchung im Enderkenntniß die Straflostigkeit des Thäters wegen abgelaufener Verjährung ausgesprochen werden [4]). Für den Fall, wo sich durch die Untersuchung eine geringere Verbrechensstufe herausstellt, ist dies auch für diejenigen Gesetzgebungen unzweifelhaft, welche die Verjährung nach der höchsten der angedrohten Strafen sich richten lassen. Zweifelhafter ist es für den Fall, wo ein Milderungsgrund sich ergiebt [5]). — Unnöthige Fragen hat man hinsichtlich des

---

1) So **Mittermaier** nach dem Vorgang franz. u. belgischer Juristen. Uebrigens ist der **franz.** Kassationshof keineswegs ganz dieser Ansicht, da er zwar bei der Jugend sie anerkennt, nicht aber bei anderen Milderungsgründen. **Hélie** p. 687. 691. f. dag. ein arrêt des **belg.** KHofs v. 1843 b. **Cousturier** p. 287.

2) Dies erscheint nach der belgischen Ansicht unvermeidlich, wogegen bei **Hélie** immer nur von solchen Fällen die Rede ist, wo das Dasein eines bloßen délit, eines Milderungsgrundes ꝛc. schon ermittelt vorliegt.

3) **Hélie** hat daher Recht, wenn er in dieser Beziehung dem franz. Kass.hof Inkonsequenz vorwirft.

4) A. M. **Breidenbach** I. 2. S. 681, der sich geradenwegs darauf beruft, daß bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtmäßigkeit der Verjährung der Gesetzgeber hier wohl durchgreifende Normen aufstellen dürfe. f. dag. **Hufnagel** I. 300.

5) Es scheint hier allerdings der von **Leonhardt** I. 390 in anderer Richtung geltend gemachte Satz einzutreten, daß es sich nur von der angedrohten, nicht von der in concreto verwirkten Strafe handeln könne. Allein wie häufig ist namentlich im **preuß.** GB. der Beisatz, daß unter mildernden Umständen die Strafe (oft sehr bedeutend) ermäßigt werden soll, so zwar daß sie in eine andre Stufe der Skala des §. 46 fällt, — z. B. §. 196 j. 193. 194! Hier ist die letztere Strafe auch eine gesetzlich angedrohte (**Beseler** S. 31). Soll nun bloß wegen der Regel des §. 46 die 20j. Verjährung eintreten, auch wenn sich nach elf Jahren herausstellt, daß die schwere Körperverletzung (§. 193. 194) den Milderungsgrund des §. 196 für sich hat?

Versuchs und der Beihilfe aufgeworfen [1]). Es kommt hier Alles darauf an, ob das Gesetz hiefür absolut geringere Strafen aufstellt [2]) oder nicht. Letzternfalls [3]) entscheidet die poena ord. der Vollendung, resp. Urheberschaft [4]). —

§. 129.

Der Lauf der Verjährung wird unterbrochen durch jede gegen den Thäter als Angeschuldigten wegen des fraglichen Verbrechens gerichtete gerichtliche Handlung. Führt die eingeleitete Untersuchung nicht sofort zu einer rechtskräftigen Verurtheilung, so läuft die Verjährung von neuem von dem letzten gerichtlichen Akte an.

1) Der erste Satz des §. ist im röm. Recht unzweifelhaft ausgesprochen [5]); und zwar ergiebt sich aus der Analogie des römischen Anklageprozesses, daß die Handlung gegen die Person des Thäters, gegen ihn als Angeschuldigten gerichtet sein muß. Es genügt daher nicht an Handlungen, die bloß auf Herstellung des objektiven Thatbestands [6]), oder auch auf Sammlung von Verdachtsgründen gegen den Thäter gerichtet sind [7]), nicht an einer Vernehmung des Thäters in der Eigenschaft eines Zeugen [8]) ꝛc., wohl aber jeder gerichtliche Akt, der die Absicht, den Thäter sofort als Angeschuldigten zu behandeln, unzweifelhaft ausspricht [9]), sei es auch nur ein hierauf gerichteter Beschluß des Gerichts (resp.

Muß nicht ebenso der Mild.grund der Jugend (§. 43) als ein das Strafmaß gesetzlich zum Voraus bestimmender für die Verjährungszeit entscheiden, wenn gleich das Delikt an sich mit viel höheren Strafen bedroht ist, — wie dies das östreich. GB. §. 232 ausdrücklich ausspricht? — Auch Leonhardt I. 387 hat hinsichtlich der Jugend Zweifel, löst sie aber sehr unglücklich. Breidenbach S. 683 giebt hier das Richtige zu. Oberflächlich und unklar über alle diese Fragen ist Goldtammer I. 438.

1) Hufnagel I. 300 (u. darnach Hepp Komm. I. 941. n. 6). Breidenbach I. 2. S. 681. Leonhardt I. 391. — Weiß S. 324 (nach Art. 80 j. 26 a. E. ist freilich die Frage nach sächs. Recht eine bedentende und je nach Auslegung des Art. 80 zweifelhafte).

2) Wie z. B. allgemein das hannövr., hessische GB., relativ (bei todeswürdigen, resp. mit lebensl. Zuchthaus bedrohten Verbrechen) das sächs., braunschw., thüringische, bad., preuß. GB., u. in speziell bestimmten Ausnahmefällen das östr. GB. Hye S. 298.

3) So nach allen Gbüchern die, resp. soweit sie für die Strafe des Versuchs kein Maximum bestimmen, das in einer andern Strafsphäre liegt, als die Strafe des vollendeten Verbrechens. Am strengsten ist hiernach das wirt. Recht, nach welchem nur beim Morde eine (nicht einmal auf Mißhandlung des Regenten) erstreckte Ausnahme besteht, — freilich nur infolge prinziplos fragmentarischer, vom Zaune gebrochener Gesetzgebung. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 10. Ges. 17. Juni 1853. Art. 1.

4) Ueber all diese Fragen schweigen die neueren Lehrbücher wieder ganz. s. dag. Häberlin I. 188 ff. (der freilich Mehreres unrichtig auffaßt oder verworren darstellt; s. z. B. S. 196—198).

5) L. 29 §. 7 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). vgl. überhaupt Stübel §. 1460 ff. Platzmann §. 6 sq.

6) so Leyser Sp. 515. m. 4. 5.

7) durch Abhör von Zeugen ꝛc. So noch Breidenbach I. 2. S. 687. 691. 692. s. dag. Stübel §. 1462. not. b.

8) so Breidenbach a. a. O. Gründler N. Arch. 1841. S. 527.

9) s. bes. v. Wening-Ingenheim im N. Arch. VI. 228 ff. Unterholzner II. 469. 470. Müller Strafproz. §. 87. n. 15. 16. Tittmann

eines Obergerichts), um so mehr eine in diesem Sinne vorgenommene Ladung, Verhaftung, ein Steckbrief, Nacheile [1]) rc. Dagegen erscheint die früher vielfach verhandelte Kontroverse [2]), ob Akte der Generaluntersuchung genügen, oder ob solche, die zur Spezialuntersuchung gehören, erforderlich seien, um so mehr als veraltet, da dieser Unterschied von der Praxis meist seit längerer Zeit verwischt war, wiewohl die darüber gepflogenen Verhandlungen noch jetzt lehrreich sind, besonders wo sie sich an Partikularrechte anschloßen, welche jenen Unterschied wieder genauer fixirt und durchgeführt hatten [3]). — Uebrigens war insbesondere noch bestritten, ob der Akt nur von einem Kriminalrichter und zwar dem kompetenten [4]) ausgehen müsse oder nicht. Außerdem ließen Manche unrichtiger Weise auch noch durch andre Umstände eine Unterbrechung der Verjährung eintreten, — namentlich durch weitere Verbrechen, resp. die wegen dieser eingeleitete Untersuchung [5]), — durch die Anstellung der Civilklage wegen eines aus dem Verbrechen entstandenen Civilanspruchs [6]) (damit ist der Fall nicht zu verwechseln [7]), wenn eine Civilsache für den Kriminalpunkt präjudiziell ist; allein von diesem ist gleichwohl dasselbe zu behaupten, da der Kriminalrichter nicht gehindert ist, schon vor der Eröffnung des betreffenden Civilverfahrens einen die Verjährung unterbrechenden Akt vorzunehmen [8]), worauf freilich bis zur Entscheidung der Civilsache die Verjährung ruhen muß, da jene als stellvertretend für die Kriminal-

---

§. 61. n. w. Feuerbach §. 67 (freilich nicht bestimmt genug), Grolman §. 524. not. a. Heffter §. 189. n. 8. Martin Strafproz. §. 22. not. 8. Marezoll S. 209. n. 1. — Abegg §. 173 und Bauer §. 134 erklären sich sehr ungenau. s. dag. Bauer Anm. II. 251. Mittermaier n. 1. z. F. §. 67 (gleichfalls nicht bestimmt genug; s. aber auch N. Arch. 1849. S. 581). Zachariä im N. Arch. 1842. S. 201 ff. Schwarze eb. 1843. S. 472.

1) Ohne genügenden Grund schließt Stübel Steckbriefe aus; s. aber den von ihm selbst angef. Kleinschrod Abh. II. 374. Auch eine Ediktalladung genügt.

2) Für die Gen.Inqu. s. Farinac. qu. 10. n. 28. Carpzov qu. 141. n. 53. Böhmer ad h. l. obs. 1. IV. Leyser Sp. 515. m. 4. 5. Eichmann z. Rave §. 162. n. f. Gründler im N. Arch. 1841. S. 519 ff., nicht aber Alle, die er n. 25 anführt. — Dag. Lauterbach §. 26. Engau §. 108. Rave §. 162. Hallacher §. 11. Quistorp §. 868. Gründler §. 32. Klein §. 186. Stübel §. 1467. und (der Sache nach) die S. 498. not. 9. Angeff. (wiewohl sie es zum Theil ausdrücklich in Abrede ziehen, wie Unterholzner, Zachariä, Mittermaier rc.).

3) s. bes. die scharfsinnige Abh. von v. Wening-Ingenheim a. a. O.

4) Dag. Dabelow II. 361. Feuerbach, Abegg, Bauer a. a. O., Breidenbach (S. 689). s. jedoch Stübel §. 1466. z. 1490. Quistorp §. 869. Grolman a. a. O. Gründler §. 34. 35. Martin §. 22. Mehrere lassen jeden zum ersten Angriff zuständigen Richter genügen, wie Henke IV. 195 f., Heffter, Müller a. a. O., wie es scheint, auch Mittermaier, s. noch Platzmann p. 15. Schwarze S. 473. n. 42. u. Schaffrath ib. cit. Selbst Akte von Polizeibehörden hält für hinreichend Breidenbach S. 687.

5) so Dabelow II. 359. Tittmann §. 61. not. v. s. dag. Gründler §. 34. Stübel §. 1468. not. a. Henke IV. 201.

6) A. M. Berger oecon. jur. III, 15, 1. n. 2. s. dag. Gründler §. 34. Stübel eb. not. b. Paysen §. 114.

7) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. IV.

8) Gründler §. 34. Leyser Sp. 515. m. 8. Hélie p. 718. 735.

untersuchung selbst erscheint) [1], — durch Selbstanklage des Thäters [2], — durch Denunziation Seitens des Verletzten oder eines Dritten [3].

2) Gedachter Grundsatz des gem. Rechts entspricht auch der Natur der Sache. Denn, wenn man etwa sagen wollte [4], aus dem objektiven Grunde der Verjährung folge, daß sie unterbrochen werden müsse, sobald die Staatsbehörden durch Eröffnung einer Untersuchung den ernstlichen Willen zeigen, die That der begrabenden Macht der Zeit zu entziehen, so ist doch klar, daß dies praktisch erfolgreich nur dann geschehen kann, wenn man den Thäter kennt und ihn gerichtlich zu verfolgen im Stande ist, daher eine Untersuchung, die so weit nicht gedieh, noch keineswegs als eine solche erscheint, welche in Wahrheit das Andenken des Verbrechens wieder zu beleben vermöchte [5]. Indessen sind hiemit die neueren Gesetzgebungen keineswegs durchaus einverstanden. Vollständig ist dies der Fall mit der wirtembergischen [6], die sogar noch mehr beschränkt. Ganz im Sinne der Anm. 1 dagegen ist zu erklären die sächsische [7], die braunschweigische [8], die badische, die preußische [9]. Unklar ist die bairische [10]. Bloß ganz allgemein von gerichtlichen Handlungen gegen den Thäter wegen des fraglichen Verbrechens sprechen das hannövrische [11], thüringische und das hessische GB., werden aber wegen dieser Unbestimmtheit sehr verschieden ausgelegt [12]. Das östr. GB. 1803 sprach ebenso unbestimmt von In-Untersuchung-ziehen; das revid. erklärt dies jedoch in ausreichender Deutlichkeit

---

1) Sächs. Entw. Art. 111.

2) so wegen l. 7 §. 5 C. de praescr. 30 annor. (7. 39) Martin §. 22. n. 11. Müller §. 87. n. 17. Marezoll S. 209. n. 2. s. dag. Stübel §. 1465. Platzmann p. 16.

3) Dabelow II. 360. s. dag. Stübel §. 1463. n. b. Tittmann §. 61. not. w.

4) Davon geht das franz. Recht aus. — Gar keine Unterbrechung der Verjährung läßt dagegen das schottische zu, was Mittermaier N. Arch. 1849. S. 575—577 billigt.

5) vgl. bes. Klein Grunds. §. 186 und die in dieser Beziehung gut gewählten Worte von Feuerbach §. 67.

6) GB. Art. 132. vgl. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 19. Schwurger.Ges. Art. 46. Das GB. wird von Breidenbach S. 692. 693 mit Unrecht getadelt. Die neuen Gesetze gehen wohl zu weit. Auch nach dem GB. genügte übrigens nie ein bloßer Beschluß des Gerichts.

7) Schwarze S. 472. Die vieldeutigen Ausdrücke des Art. 79 sind nur gewählt, um Steckbriefe nicht auszuschließen. Weiß S. 318. vgl. den Entw. Art. 111, der ganz klar spricht.

8) Breym. S. 231 ist nach den ständ. Vh. das Gegentheil gesagt, gegen das klare Wort des §. 72.

9) Beseler S. 199—202. Die Fassung giebt freilich zu Zweifeln Raum. s. aber auch Goldtammer I. 439.

10) vgl. v. Wening-Ingenheim a. a. O., der sie ganz ebenso auslegt, freilich auf künstliche Weise. s. aber dieselbe Auslegung bei Arnold N. Arch. 1844. S. 210 u. in der n. 2. angef. Abh. vgl. Gönner u. Schmidtlein IB. I. 216 u. bes. Bair. Strafger. II. 325 f. 437. 438. III. 10 f. 189 f. IV. 385. 395. V. 243 f.

11) Völlig irrthümlich sagt Mittermaier n. 1. z. F. §. 67 a. E., das hannövr. GB. sage gar nichts von Unterbrechung der Verjährung.

12) Leonhardt I. 394. 395. v. Bothmer Erört. I. 195. 209. Breidenbach I. 2. S. 690—693.

im Sinne der Anm. 1 [1]). — Auch in Beziehung auf die Frage der Zuständigkeit besteht keine Uebereinstimmung. Nach dem wirtemb. GB. müssen die Akte entschieden von dem für die fragliche Untersuchung zuständigen Gerichte ausgegangen sein. Das Gleiche ist nach dem östr. und bad. GB. anzunehmen, da Akte, wie sie hier bezeichnet werden, eben nur von jenem Gerichte (resp. einem durch Requisition zuständig gewordenen) ausgehen können. Ebenso nach dem braunschw. Stillschweigen über die Frage beobachten das bair., sächs. [2]), hannövrische GB. Jedenfalls sprechen alle diese Gbücher (mit Ausnahme des bair.) von gerichtlichen Handlungen, schließen also die Akte von Polizeibehörden aus [3]). Eben dies thut das hessische, welches im Uebrigen nicht einen Akt des in der Sache kompetenten Richters verlangt [4]). Akte von Polizeibehörden sind zugelassen im thüring. GB. u. im sächs. Entw. Nach beiden ist Zuständigkeit für die fragliche Untersuchung nicht nothwendig [5]). Ebensowenig nach dem preuß., welches dagegen Polizeibehörden [6]) nicht, wohl aber (wie das thüring. GB. u. der sächs. Entw.) die Staatsanwaltschaft dem Gericht gleichstellt. — Dem wirt. GB. eigenthümlich ist die Unterbrechung der Verjährung durch neue Verbrechen des Thäters [7]), wogegen das bair. u. östr. richtiger sagen, daß solchenfalls die Berufung auf Verjährung ausgeschlossen werde. — Ganz gehen endlich die neuen Gbücher hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung bei nicht ex officio zu untersuchenden Delikten auseinander. Nach dem preuß., östr. und hess. GB. (u. dem bair. Entw.) treten, sobald nur das Klagerecht noch rechtzeitig ausgeübt worden ist, hinsichtlich der Unterbrechung ganz die gewöhnlichen Grundsätze ein, ohne daß es dem Betheiligten gestattet wäre, durch Anträge von seiner Seite noch irgendwie auf den ferneren Gang der Sache einzuwirken. Das Letztere ist auch nach dem wirtemb., hannövr. [8]) und badischen GB. der Fall; es tritt aber nach diesen zugleich das Weitere ein, daß mit dem Ablaufe der absoluten Frist für das Klagerecht auch das Delikt selbst schlechthin verjährt, daher, wenn das Gericht die Untersuchung eröffnete, dieselbe aber wieder liegen blieb, nun keine neue Verjährung beginnt, sondern mit dem Ablauf jener Zeit Alles

---

1) Von ganz andern Ansichten (s. d. Anm. i. A.) geht das franz. Recht aus. Hélie III. p. 722 sq. Diesen folgt der bair. Entw. Art. 73. Ueber das preuß. GB. §. 47. 48 f. Temme Glossen S. 122. 123.

2) Daher verschiedene Ansichten bei Weiß S. 318, Schwarze S. 473. n. 42.

3) Gleichwohl ist hins. des braunschw. GBs das Gegentheil behauptet in Breym. S. 232. f. Leonhardt I. 395. u. bair. Entw. Art. 73.

4) Breidenbach S. 688—690.

5) Denn es ist im thüring. GB. bloß von Handlungen gegen die Person des Verbrechers, — nicht gegen ihn als Angeschuldigten die Rede. vgl. bair. Entw. Der sächs. Entw. Art. 111 sagt es ausdrücklich. Ebenso das franz. Recht. Hélie p. 727—729.

6) A. M. Goldtammer I. 439. f. dag. Temme Glossen S. 123. Daß Handlungen von Administrativbehörden nicht genügen, ist jedenfalls unzweifelhaft. f. Goldtammer I. 383.

7) Ueber zweifelhafte Fragen hiebei f. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 128. nr. 7. 8. Bei Delikten, die nicht von Amtswegen zu untersuchen sind, u. bei Polizeiübertretungen (Pol.Str.Gb. Art. 105) tritt diese Art der Unterbrechung nicht ein.

8) Leonhardt I. 395—397. Mit Unrecht nimmt Häberlin I. 198 an, nach wirt. Recht könne die eingeschlafene Untersuchung durch neue Anregungen des Betheiligten unterbrochen werden. Eigenthümlich ist das Zürch. GB. §. 68.

ein Ende hat. Mit dem letzteren Punkte stimmt wiederum das thüring. GB. überein; es gestattet jedoch innerhalb der absoluten Frist von 5 J. dem Betheiligten im Falle der Unthätigkeit des Gerichts, resp. des Aufhörens seiner Thätigkeit, die von Neuem laufende (einjährige) Frist durch neue Anträge zu unterbrechen. Eben dies gestatten endlich das sächs. [1]) und braunschw. GB. ohne alle Beschränkung, so daß nach ihnen die Verjährung sowohl durch Handlungen des Gerichts, als durch Anträge des Betheiligten stets von Neuem unterbrochen werden kann; — Bestimmungen, welche offenbar mit dem Prinzip, woraus die Beschränkung des ursprünglichen Klagerechts auf eine absolute Frist [2]) hervorgeht, schlechthin im Widerspruch stehen [3]). — Von selbst versteht sich, daß bei einem concursus delictorum oder ad delictum die Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich Eines Verbrechens, resp. Eines Theilnehmers auf die übrigen nicht mitwirkt [4]), und daß die durch einen Richter bewirkte Unterbrechung im ganzen Staat Geltung hat. —

3) Der zweite Satz des §. ist im gem. Rechte sehr kontrovers. Nach der einen Ansicht soll die einmal unterbrochene Verjährung nie wieder zu laufen beginnen [5]); nach einer andern soll die Unterbrechung durch ihr Aufhören wirkungslos werden, und zwar nach einigen so, daß wenigstens die Zeit der Unterbrechung abzurechnen sei, mithin jetzt nur noch der Rest der Verjährungszeit abzulaufen habe [6]); nach Andern dagegen sogar in der Weise, daß selbst die Zeit der Unterbrechung in die Verjährung mit eingerechnet werden müsse [7]). Indessen werden diese Ansichten nicht immer abstrakt geltend gemacht, sondern verschiedene Fälle unterschieden. Die erstere namentlich wird auf den Fall beschränkt, wo der Prozeß fortdaure oder auf rechtswidrige Weise beseitigt werde, daher Fortsetzung (resp. Wiederanfang) der Verjährung zugelassen, wenn der Prozeß auf eine nicht rechtswidrige Weise wieder aufgehoben worden sei [8]). Ebenso wird die andere Ansicht gewöhnlich auf solche Fälle beschränkt, wo dem Liegenbleiben der angefangenen Untersuchung keine Schuld des Angeklagten oder kein bloßer Zufall zu Grunde liege, wogegen, wenn dies der Fall sei, nicht mehr die frühere Verjährung fortlaufen könne, sondern eine neue beginnen müsse [9]). Nach einer dritten Ansicht ist Letzteres in jedem Falle statthaft und erforderlich, wo eine die

1) Auch wieder der Entw. Art. 111. Nach dem sächs. GB. läuft dem Betheiligten hier stets wieder die einjährige, nach dem braunschw. sogar die gewöhnliche Frist. Mit Recht wich hierin der hamb. Entw. 1849. Art. 59. 60 vom letztern ab (im Sinne des wirt. GBs).

2) Auch diese ist freilich nach dem sächs. GB. (u. Entw.) ungebührlich lang. vgl. Schwarze S. 467. 468.

3) Hierin findet Schwarze S. 475. 476 nichts Auffallendes. vgl. vor. Note.

4) Anders beim conc. ad del. nach franz. Recht, was sogar auf den conc. del. ausgedehnt wird. s. Hélie p. 729—731. Goldtammer I. 440.

5) Böhmer ad C. qu. 141. obs. 1. IV. Dabelow II. 364. Breidenbach I. 2. S. 693.

6) Zachariä N. Arch. 1842. S. 204—207.

7) Rave §. 162. nr. 3. u. Eichmann not. h—k. Stübel §. 1472—1474. Doch wird dies nicht bei allen Arten der Unterbrechung behauptet. s. Stübel §. 1483 f.

8) Müller §. 87. n. 19. Heffter §. 189. n. 9. Abegg §. 173. Martin §. 22. n. 13. Roßhirt Entw. S. 203—205. Tittmann §. 61. not. x.

9) Stübel §. 1483 ff. vgl. Rave u. Eichmann l. c.

Verjährung unterbrechende Untersuchung aus irgend einem Grunde nicht zur Verurtheilung führt [1]). Vom positiven Recht größtentheils im Stich gelassen, berief man sich meist theils auf die Analogie der Civilverjährung, theils auf die freilich sehr verschieden angesehene Natur der Sache, wobei man sehr verschiedene Regeln zur Anwendung brachte, daher sich auch die extremen Ansichten nicht selten kreuzten [2]). — Die eingeleitete Untersuchung kann aus mehreren Gründen nicht zur Verjährung geführt haben: a) sie hat zur Freisprechung oder Instanzentbindung geführt. Einige wollen beide Fälle verschieden behandeln, d. h. im ersteren zwar die Verjährung in Kraft erhalten oder auf's Neue in Kraft setzen, im zweiten dagegen für immer ausschließen [3]), weil hier die Untersuchung als stets fortdauernd zu betrachten sei. Mit Recht wird jedoch dieser Grund von den Meisten verworfen [4]), und daher zwischen beiden Fällen kein Unterschied gemacht [5]). Indessen ist nun namentlich darüber Streit, ob nach der Sentenz nur der Rest der früher begonnenen Verjährung ablaufe [6]), oder sogar die Unterbrechung als gar nicht eingetreten zu betrachten sei [7]), oder ob jetzt eine neue Verjährung anfange [8])? Die erste Meinung stützt sich auf die l. 31 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). Allein der römische Entscheidungsgrund bezieht sich auf die besondere Natur des Anklageprozesses [9]), und jedenfalls widerspricht das Zusammenflicken zweier getrennten Zeitparzellen ganz und gar dem Wesen der Verjährung [10]), daher das römische Recht es auch nur für singuläre Fälle der aequitas halber zuließ. Ebenso unrichtig ist aber auch die zweite, welche sich auf den falschen Satz gründet, daß der Staat hier den Prozeß verloren habe [11]). Daher kann nur die dritte richtig sein. b) Die Untersuchung ist liegen geblieben, aa) weil der Angeschuldigte sich der Fortsetzung durch die Flucht entzog. Hier behaupten die einen, durch die Flucht als eine widerrechtliche Handlung verliere der Angeschuldigte den Anspruch auf die Verjährung, wie denn hier auch die Regel: non valenti agere etc. ein-

---

1) Feuerbach §. 67. Bauer §. 134. Pfotenhauer in Zachariä Annal. d. Gesetzgeb. I. nr. 6. S. 136.

2) Die Darstellung der Ansichten bei Wächter ist hier nicht erschöpfend, bei Gründler N. Arch. 1841. S. 528 f. nicht ganz zuverläßig. vgl. Unterholzner II. 471—475.

3) Dabelow II. 363. Henke IV. 197.

4) Dagegen ist der von Stübel §. 1474 angef. Grund ganz unrichtig. s. unten.

5) Stübel a. a. O. not. b. meint zwar, bei erfolgter Freisprechung bedürfe es gar keiner Verjährung mehr. s. dag. Henke IV. 200. Schwarze S. 475.

6) Engau §. 65. 115. Gründler §. 35 (s. dag. N. Arch. 1841. S. 528 f.). Wächter Lb. I. S. 272. Zachariä a. a. O.

7) Rave §. 162. u. Eichmann not. h. i. Wernher Obs. I. 330. Thibaut II. §. 17. Stübel §. 1472—1474. Roßhirt Entw. S. 403. 404. Heffter §. 189. n. 9.

8) Feuerbach §. 67. Tittmann §. 61. not. z. Gründler im N. Arch. a. a. O. (wo in not. 39 sehr willkührlich citirt wird). Pfotenhauer in Zachariäs Annal. a. a. O. Bauer §. 134.

9) A. M. Zachariä a. a. O. s. dag. Böhmer l. c. Unterholzner II. 473. Roßhirt a. a. O.

10) Stübel §. 1473. Hélie p. 733—735. (Uebrigens ist die Darstellung bei Stübel §. 1485 ebendeshalb ungenau.)

11) Schwarze S. 474 (der n. 46 mit Unrecht Gründler anführt), Platzmann p. 14.

trete [1]). Allein diese Regel, die sich ohnedies nur auf rechtliche Hindernisse bezieht, kann im Strafprozesse nicht gelten [2]), und der erste Grund beruht auf der falschen Auffassung der Verjährung als eines Benefiziums für den Angeklagten [3]). Daher nehmen Andre mit Recht an, daß auch in diesem Falle eine neue Verjährung vom Augenblicke der Flucht [4]), — richtiger vom letzten gerichtlichen Akte an laufe [5]). bb) aus Nachläßigkeit des Richters. Auch hier nehmen die einen an, daß die Untersuchung als fortdauernd zu betrachten sei, mithin keine neue Verjährung eintreten könne, weil eine rechtswidrige Beseitigung der Untersuchung dem Rechte des Staats auf Strafverfolgung nicht zum Nachtheil sein dürfe, auch der Angeklagte hiebei nie außer Schuld sei [6]). Stübel dagegen will sogar in diesem Falle die Unterbrechung als gar nicht eingetreten betrachtet wissen [7]). Mit Recht nehmen jedoch Andre auch hier an, daß mit dem letzten gerichtlichen Akte eine neue Verjährung beginne [8]), weil es eine falsche Meinung ist, daß die Verjährung zur Strafe richterlicher Nachläßigkeit eingeführt sei [9]), und, hievon abgesehen, bei der Verjährung überall es sich nicht um Begünstigung des Angeklagten oder des Staats, sondern lediglich um die Anerkennung der absoluten Macht der Zeit handelt, welche bei faktischem Liegenbleiben des Prozesses ebenso wirksam wird, wie bei einer rechtlichen Sistirung [10]). cc) aus andern Gründen. Hier nehmen wohl die Meisten eben das Letztere an [11]). — Die Ver-

---

1) Thomasius §. 43. Böhmer l. c. Engau §. 102. 114. 116. Püttmann §. 1050. Grolman §. 524. Tittmann §. 61. not. x. Gründler §. 35. Roßhirt Entw. S. 403. Müller §. 87. n. 19. Abegg §. 173. Heffter §. 189. n. 9. Martin §. 22. n. 13.

2) Thibaut II. §. 24. Stübel §. 1454. 1464. Wächter I. S. 272.

3) Stübel §. 1456. Bauer Anm. II. 247. 248. Dagegen ist es auch sehr apart, wenn Stübel §. 1483 dafür, daß solchenfalls die Unterbrechung nicht wirkungslos bleiben dürfe, den Grund anführt, daß der Angeschuldigte hier als sachfällig zu betrachten sei!

4) Kleinschrod N. Arch. I. 214. Hommel rhaps. quaest. obs. 38. Baysen S. 116 und, wie es scheint, Wächter I. S. 272. vgl. Rave §. 162 u. Eichmann ad h. l. (vom Tage der Rückkehr an).

5) Leyser sp. 515. m. 6. 7. (nicht sp. 516. m. 7., wie bei Wächter steht). Stübel §. 1486. vgl. 1453—1459. 1464. Feuerbach §. 67. Pfotenhauer a. a. O. Bauer §. 134. Anm. II. a. a. O. Dafür war auch die Praxis in Wirtemberg. s. Hufnagel I. 306.

6) Man beruft sich dabei auf l. 10 D. de div. temp. praescr. (44. 3) und l. 1 §. 4. 5 D. de jure fisc. (49. 14). Müller, Heffter, Unterholzner, Roßhirt, Martin a. a. O. Nicht deutlich ist Abegg §. 173. vgl. S. 254.

7) Weil der Staat den Prozeß verloren habe. §. 1482. Zachariä a. a. O. bleibt auch in diesem Falle bei der l. 31 D. (48. 5) als Regel stehen.

8) Gründler N. Arch. 1841. S. 533. Feuerbach, Grolman, Tittmann, Wächter, Bauer, Pfotenhauer a. a. O. Mittermaier n. 3. z. F. §. 67 giebt über die ganze Unterbrechungsfrage nur Oberflächliches, Marezoll gar nichts. Schwarze S. 475 übergeht wenigstens diese nächste Frage.

9) Böhmer l. c. III. Stübel §. 1457.

10) Daher ist es auch unrichtig, wenn Unterholzner, dem Roßhirt und Breidenbach folgen, auf die l. 153 D. de R. J. (50. 17) rekurrirt und ein in contrarium actum verlangt: s. aber seine eigenen richtigen Bemerkungen gegen eine gänzliche Ausschließung der Verj. ohne Möglichkeit des Wiederanfangs.

11) Namentlich auch Stübel. A. M. ist auch hier Zachariä, und in andrer Richtung Unterholzner (und die ihm folgen), sofern er zum Wiederanfang der Verj. ein in contrar. actum fordert; — ebenso, wie es scheint, Heffter u. Müller.

jährung des gemeinen Rechts ist nur eine Prozeßverjährung, keine Verjährung der erkannten Strafe (§. 127. Anm. 2). Daraus folgt, daß mit dem Eintritt der rechtskräftigen Verurtheilung von einem Wiederanfang der Verjährung nie mehr die Rede sein kann; ebensogewiß aber, daß dies vor dem Eintritt der Rechtskraft immer noch möglich ist, also auch dann, wenn ein Erkenntniß gefällt ist, aber nicht verkündet werden kann, oder zwar verkündet, aber ein Rechtsmittel dagegen ergriffen ist [1]). — Darüber, daß in allen Fällen, wo eine neue Verjährung beginnt (ausgenommen bei Privatstrafen), die l. 9 C. de praescr. 30 annor. (7. 39) [2]) nicht zur Anwendung komme, ist man jetzt wohl allgemein einverstanden.

4) Nach den neueren Gesetzgebungen hat über Unterbrechung und Wiederanfang der Verjährung (ohne Einrechnung) [3]) der C. Max. ganz die richtige Ansicht, wogegen die Theres. die Frage übergeht. Das östr. GB. 1803 nimmt einen Wiederanfang der Verjährung nur nach erfolgter Freisprechung oder Instanzentbindung an [4]). Im bair. GB. ist die Behandlung infolge der Einmischung unzuläßiger Gesichtspunkte (Schuld des Angeklagten oder des Richters) sehr mangelhaft und zweifelerregend ausgefallen. Wird die Verjährung durch Einleitung der Untersuchung gegen den bekannt gewordenen Thäter unterbrochen, so beginnt mit dem Liegenbleiben derselben, wenn es durch Schuld des Thäters oder des Richters eintritt, nach dem Wortlaut des Gesetzes keine neue Verjährung, sondern im ersten Fall wird die Verjährung ausgeschlossen, im zweiten läuft sie trotz der Unterbrechung ab. Nur wenn das Liegenbleiben andre Gründe hätte, könnte von dem Lauf einer neuen Verjährung die Rede sein, wovon aber das GB. wenigstens nichts sagt [5]). — Die übrigen neuen Gbücher [6]) folgen sämmtlich der richtigen gemeinrechtlichen Ansicht im Ganzen. Nur das hannöv., hessische und preußische nehmen die Beschränkung auf, daß die neue Ver-

1) Diese Frage wird meist sehr mangelhaft behandelt. Dies gilt zwar nicht von Farin. qu. 10. n. 28 u. den dort Citt., falls man annimmt, daß sie eben nur eine rechtskräftige Verurtheilung im Auge haben, wohl aber von vielen Neueren, von denen man hierin Bestimmtheit erwarten dürfte, die aber gleichwohl wie Carpzov qu. 141. n. 54 (der Farin. einfach abschreibt) diese vermissen lassen; so Wächter S. 273. Müller not. 18. Heffter n. 10. f. dag. Stübel §. 1487, Abegg §. 173, Bauer §. 134. Marezoll S. 209. n. 3. (Mittermaier schweigt), Hufnagel I. 290 Note. 307. 674—676. III. 650. Leonhardt I. 379.

2) s. hierüber elegante Bemerkungen bei Unterholzner II. 472.

3) mit Berufung auf Lauterbach §. 26. n. 13.

4) §. 206. 471. 474. Jenull II. 417. not. c., daher die Bem. von Breidenbach I. 2. S. 694. n. 3 ganz unrichtig ist. Ebenso übersieht das im Text Angegebene Häberlin I. 198. Das revid. GB. stimmt überein („rechtskräftige Freisprechung").

5) Sehr verwirrt ist die Darstellung bei Häberlin. s. dag. Kleinschrod im N. Arch. I. 213. 214. (Wenn dieser S. 211 unter der Entscheidung nicht eine rechtskräftige verstanden wissen will, so erscheint dies doch als zweifelhaft.) Die Praxis kehrt sich jedoch nicht an den Wortlaut, sondern nimmt an, nach der Unterbrechung laufe, falls nicht der Angesch. fliehe rc. rc., eine neue Verj. Arnold N. Arch. 1844. S. 212. Bair. Strafger. II. 325 f. 437. 438. III. 10 f. 189 f. IV. 385. 395. V. 243 f.

6) Nach Breidenbach a. a. O. soll auch das sächs. GB. von einem Wiederanfang der Verjährung nichts wissen! s. aber Art. 78! vgl. Weiß S. 318. nr. 1. Wegen Hannover s. Leonhardt I. 395—397.

jährung demjenigen nicht zu Statten komme, welcher sich der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung durch die Flucht entzogen habe (resp. durch dessen Schuld od. Veranlassung innerhalb der Frist kein Urtheil erfolgt sei. Hessen) [1]. — Den Satz, daß nur ein rechtskräftiges Straferkenntniß die absolute Grenze für den Wiederanfang der Prozeßverjährung bilde, spricht nur das preuß. GB. mit hinreichender Deutlichkeit aus [2]. — Von selbst versteht sich, wo ein Kontumazialverfahren gesetzlich ist, daß auch die Kontumazialurtheile die Verjährung unterbrechen (falls die Unterbrechung nicht schon früher eingetreten ist). Dieselbe beginnt jedoch dann von Neuem, resp. läuft jetzt die Strafverjährung [3].

§. 130.

Durch die vollendete Verjährung verliert die fragliche Handlung ihre strafrechtliche Bedeutung. Die Strafverfolgung mit allen Folgen, die nur mittelst ihrer entstehen könnten, fällt weg. Es kann ferner die Handlung nicht gebraucht werden, um wegen ihrer einer später verübten einen straferhöhenden Charakter beizulegen. Dagegen unterliegen natürlich die aus der Handlung entspringenden civilrechtlichen Ansprüche der kriminellen Verjährung nicht. Die Thatsache der Verjährung ist von Amtswegen zu berücksichtigen, daher auch der Thäter nicht in die Kosten der wegen Verjährung abzubrechenden Untersuchung zu verurtheilen. Es kann aber auch der Thäter nicht auf die Wirkung der Verjährung verzichten.

1) In der gemeinrechtlichen Doktrin stehen sich zwei verschiedene Ansichten entgegen, die jedoch meist nicht konsequent durchgeführt werden [4]. Nach der einen soll dadurch das Verbrechen selbst in der Weise getilgt werden, daß alle nicht

---

1) Da diese Gbücher durch Flucht vor eingeleiteter Untersuchung, resp. nach erfolgter Instanzentbindung die Verjährung nicht unterbrechen lassen (A. M. freilich ist hinsichtlich des hannövr. v. Bothmer Erört. I. 208. 209), so ist diese Bestimmung sehr inkonsequent. Leonhardt I. 381. 382. Bauer Anm. II. 247. 248. Beseler S. 202. A. M. Breidenbach I. 2. S. 693—697. — Wie, wenn der Flüchtige zurückkehrt, ja sich stellt, und dennoch die Untersuchung liegen bleibt? s. dar. Leonhardt S. 382. Goldtammer I. 439. Wie ist ferner nach hess. Rechte in dem von Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 129. not. 1. angef. Falle zu entscheiden? Ohne seine Schuld war der Betheiligte nicht in der Strafanstalt. Schwerlich aber hatte das GB. einen solchen Fall im Auge.

2) In Sachsen ist er unpraktisch, da die Verjährung der Strafen dieselben Fristen hat wie die Prozeßverjährung. Ueber Wirt. s. Hufnagel a. a. O. — vgl. Leonhardt I. 379 (vgl. jed. v. Bothmer ib. cit.), Breidenbach S. 696. Der sächs. Entw. Art. 111, 3. j. 112, 2 enthält eine offenbare Lücke. Eigenthümlich ist ihm die Berücksichtigung eines präjudiziellen Civilrechtsstreits.

3) s. für Wirtemberg das Schwurgerichtsges. Art. 246. vgl. bair. Entw. Art. 73. j. Motiv. — Anders nach der wirt. Strafpr.O., nach welcher das Kontum.-urtheil in Rechtskraft tritt, mithin sofort die Strafverjährung beginnt. Ebenso nach franz. Recht (Höchster §. 314. v. Daniels §. 481. Wadtländ. GB. Art. 79). Nach den Anm. z. bair. GB. I. 326 wird solchenfalls die Verj. ganz ausgeschlossen. Dasselbe tritt wegen der Flucht des Angesch. nach eingeleiteter Untersuchung (resp. überhaupt) ein nach preuß., hannövr., hess., östr. Recht.

4) Dies gilt ganz besonders von Gründler §. 40 ff.

rein civilrechtlichen Folgen der Handlung hinwegfallen [1]). Nach der andern soll nur das Recht auf Strafe wegfallen, daher auf andre rechtliche Folgen der Handlung die Verjährung ohne Einfluß sein [2]) (Verdächtigkeit des Thäters als Zeugen, fortdauernde Giltigkeit der exceptio veritatis, Fortbestehen der Handlung als Indizium bei künftigen Verbrechen [3]), Nichtausschließung des Rechts zur Remotion oder Suspension [4]) ꝛc.). Die erste Ansicht fehlt nur im Ausdrucke, wogegen die zweite entschieden zu verwerfen ist. Denn sie macht eine Trennung, die keinen Sinn hat. Hebt die Verjährung die kriminelle Verfolgbarkeit [5]) und hiemit die Strafbarkeit [6]) des Delikts auf, so nimmt sie ihm eben damit den verbrecherischen Charakter, da Verbrechen und strafbares Unrecht dasselbe ist. Allerdings kann sie die fragliche Handlung nicht ungeschehen machen, wie sie denn auch ihren civilrechtlichen Folgen nicht in den Weg tritt. Dagegen schneidet sie nothwendig alle Folgen ihrer strafrechtlichen Bedeutung, namentlich also die schärfende Wirkung auf die Beurtheilung künftiger Verbrechen [7]), die Zuläßigkeit der Remotion oder Suspension [8]), die Benützung der Handlung als Indizium, als Grund zur Verdächtigung des Zeugnisses [9]) ꝛc. gänzlich ab, schon deshalb, weil das Verbrechen, um diese Wirkungen zu haben, rechtlich bewiesen sein müßte, was doch nur in den seltensten Fällen bei einer nach vollständig geführter Untersuchung erst von Neuem wieder eingetretenen Verjährung vorkommen wird. Sagt man aber [10]), es stehe nichts im Wege, behufs der Ermittlung der schärfenden Eigenschaft, der Statthaftigkeit der exceptio veritatis [11]) ꝛc. nachträglich noch eine Untersuchung einzuleiten, so ist zu erwiedern, daß dem allerdings der objektive Grund aller Verjährung, die

---

1) s. bes. Carpzov. qu. 141. n. 6. 7. Quistorp §. 870. 871 u. Gründler a. a. O., die aber beide gerade das entgegengesetzte Prinzip an die Spitze stellen! Feuerbach §. 69.

2) Stübel §. 1497 ff. Berger Elect. c. 2. m. 1. §. 6. Tittmann §. 61 a. E. Grolman §. 524 (jedoch ohne Konsequenzen zu ziehen). Henke IV. S. 202 ff. Martin §. 21, Müller §. 87. n. 23. Heffter §. 190. Abegg §. 174. Leonhardt I. 399. Sehr unbestimmt ist Mittermaier n. 4. 5. z. F. §. 65. Marezoll S. 206. 209. Schwarze a. a. O. S. 480—483.

3) A. M. ist Stübel §. 1500, der jedoch hier bloß an den Rückfall denkt.

4) Sehr inkonsequent geben dies auch Quistorp a. a. O. und Gründler §. 42 zu.

5) L. 19 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 12 C. eod. (9. 22). l. 29 §. 5 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5). L. 1 §. 10 D. ad Sct. Turpill. (48. 16). Die frühere Ansicht, daß per exceptionem das Verbrechen auch nach abgelaufener Verj.zeit noch bewiesen werden könne (Farin. qu. 10. n. 11. Matth. 48, 19. c. 4. n. 10) ist veraltet. s. indessen noch Unterholzner II. 438. 439 u. einige Andre.

6) L. 47 §. 6 D. de injur. (47. 10).

7) s. auch Unterholzner II. 467. Roßhirt Entw. S. 393. Bauer Anm. II. 252. Zachariä N. Arch. 1842. S. 208. v. Bothmer Erört. I. 210. Leonhardt I. 398 (freilich inkonsequent, s. S. 399). vgl. Böhmer Elem. S. 1. c. 20. §. 343. Streitig war die Sache allerdings schon bei den Italienern.

8) Zachariä S. 209. — Daß die Ehrenfolgen, die von Untersuchung od. Verurtheilung abhängen, wegfallen (s. bes. Engau §. 24—27. Gründler §. 40. Quistorp §. 870 ꝛc.), geben auch die Gegner zu. Heffter not. 2.

9) vgl. Leonhardt I. 397. j. 399 (?) u. bes. 397. n. 1.

10) Müller a. a. O.

11) Stübel §. 1499. Unterholzner II. 438. 439. Henke IV. 203. Schwarze S. 483. Leonhardt I. 399. Breidenbach I. 2. S. 674. 699.

tilgende, folgenweise auch Beweise schwächende oder vernichtende Macht der Zeit entgegensteht [1]). Einfach und klar ist die richtige Ansicht im C. Maxim. u. der Theres. (§. 5) ausgesprochen. Es folgt daraus zugleich das im §. wegen der Kosten Bemerkte [2]), was sich jedoch nicht auf eine innerhalb der Verjährungszeit eingeleitete, aber wieder sistirte Untersuchung [3]) bezieht. Eben dieser Unterschied entscheidet nach der Meinung Einiger auch hinsichtlich der Frage, ob gewisse staatsrechtliche Nachtheile, die davon abhängig gemacht sind, daß Jemand in peinliche Untersuchung gezogen worden sei, ohne freigesprochen worden zu sein [4]), auch im Fall der Verjährung eintreten? Sie treten nicht ein, wenn die Untersuchung erst nach abgelaufener Verjährung eingeleitet wurde, folglich als unstatthaft abgebrochen werden mußte [5]); dagegen sollen sie in dem vorerwähnten Fall allerdings eintreten [6]). Denn in diesem sei die stattgehabte (aber sistirte) Untersuchung durchaus rechtlich zuläßig gewesen, und eine Freisprechung habe hier gar nicht stattfinden können, weil der Richter nur freisprechen könne, wo er auch zu verurtheilen im Stande sei [7]), und weil im Besondern der durch ein von der Instanz entbindendes Urtheil festgestellte Verdacht durch die Verjährung nicht ausgelöscht werden könne. Das Erste ist nun allerdings richtig; allein das Weitere gänzlich falsch. Die Verjährung seit sistirter Untersuchung benimmt ebenso wie die einfache Verjährung der fraglichen Handlung alle strafrechtliche Bedeutung. Wenn sie aber ihre Strafbarkeit sogar positiv verneint, so kann sie nicht den bloßen Verdacht ihrer Strafbarkeit bestehen lassen [8]). Ueberhaupt unterscheidet sich der Ausspruch der Straflosigkeit wegen Verjährung von der Freisprechung im e. S. zwar allerdings dadurch, daß er keine materielle Ermittlung der Sache zur Voraussetzung hat, daher den außergerichtlichen Meinungen hierüber kein positives Gegengewicht entgegenstellt [9]); allein rechtlich muß er ganz dieselben Wirkungen haben [10]), da er die fragliche Handlung alles strafrechtlichen Charakters entkleidet

---

1) Bauer a. a. O.

2) Quistorp §. 870. Koch inst. §. 976. A. M. Leyser sp. 89. m. 9. 10. Tittmann §. 61. Gründler §. 45. s. aber auch Roßhirt S. 393. Eine unzuläßige Unterscheidung macht Stübel §. 1498. s. noch Unterholzner II. 437. 438. Mittermaier Strafverf. §. 198. n. 26.

3) A. M. Schwarze S. 483. n. 66. — hier kommt es auf die Umstände an.

4) z. B. Hannövr. Verf.Ges. 1840. §. 94. Hess. Ges. 28. Sept. 1842. Art. 4. vgl. Zachariä D. Staatsr. I. 388. Kraus N. Arch. 1846. S. 497. n. 1. — s. dag. Bair. Ges. 4. Juni 1848. Art. 5. 6.

5) Insoweit hat Zachariä a. a. O. S. 210—213 jedenfalls Recht; aber er übersieht den im Text gemachten Unterschied. Jenes erkennen auch die in der ff. Note Angeff. an (ausgen. den bei Breidenb. S. 699 cit. Reg.Kommissär).

6) so Breidenbach I. 2. S. 697—702. Leonhardt I. 398. 399.

7) Gerade auf die Unzuläßigkeit einer förmlichen Freisprechung auf den Grund der Verjährung begründet Zachariä sehr treffend das entgegengesetzte Resultat!

8) Das in contrarium actum, welches Breidenbach S. 701 verlangt, liegt daher allerdings vor.

9) Dies beachtet Kraus a. a. O. S. 473—524 nicht gehörig. Ebenso unrichtig ist es aber, wenn Zachariä wenigstens formell, Breidenbach aber sogar materiell die Freisprechung wegen Verjährung der materiellen Freisprechung als ein ganz Andres entgegenstellen.

10) Müller Strafproz. §. 204. n. 22. Mittermaier Strafverf. §. 198. bei n. 26. u. n. 5. z. F. §. 65. So ist denn namentlich nach hannövr. Recht zu ent-

(mithin doch zum wenigsten der Abolition und dem Verzichte des Beschädigten gleichgestellt werden muß) [1]); ja noch mehr, da er nicht allein von einer Anschuldigung entbindet, sondern jede Anschuldigung als rechtlich nicht bestehend aufhebt [2]), in der gegentheiligen Annahme überdies ein schreiendes Unrecht gegen den Betheiligten liegt, der nach abgelaufener Verjährung ein materiell freisprechendes Urtheil nicht mehr herbeiführen kann [3]). Ueberhaupt ist der Sinn der fraglichen Gesetze nur: einen von kriminellem Verdacht nicht Gereinigten auszuschließen. Nun ist es aber doch gänzlich verkehrt, die Wirkung der Reinigung dem wegen Verjährung freisprechenden Urtheile zu versagen, dagegen denjenigen zuzulassen, der nach vollendeter Verjährung (in einer freilich rechtlich nichts bedeutenden Untersuchung) sogar ein Geständniß ablegt oder überführt wird [4])! — Im Gegensatz zum C. Max. u. der Theres. sind die neueren Gesetzgebungen meist sehr mager in Beziehung auf die Wirkung der Verjährung [5]). Die Untersuchung werde aufgehoben, sagen das sächs. [6]) u. wirtemb. GB., die Strafbarkeit werde getilgt, das hannövr. u. hessische [7]), sowie das braunschw. u. thüring., welche dies näher dahin erläutern, daß keine gerichtliche Verfolgung (und Bestrafung) mehr zuläßig sei; ebendies spricht das preuß. und badische GB. aus. Nur das bair. u. östr. sagen, Verbrechen u. Strafe werde getilgt, woraus sich ein fester Anhaltspunkt zur Entscheidung der vorbemerkten Fragen ergiebt, der bei den übrigen fehlt.

2) Daß die Verjährung von Amtswegen berücksichtigt werden müsse, ist seit längerer Zeit [8]) communis opinio [9]). Der Satz ist eine nothwendige Konsequenz des Untersuchungsprinzips [10]). Eine ebenso nothwendige Konsequenz des Satzes, daß im Strafverfahren das Verzichtsprinzip keine Wirkung hat, ist das a. E. des

---

scheiden. A. M. Leonhardt a. a. O. Ebenso wird anders nach sächs. Recht entschieden. Weiß 313. nr. 2. vgl. Schwarze S. 483. 484.

1) s. das angef. hess. Gesetz.

2) Daß gleichwohl dem Betheiligten ein materiell freisprechendes Erkenntniß lieber sein muß, ist klar, alterirt aber das Rechtsverhältniß nicht, daher die Verweisung „auf den lieben Gott" bei Breidenbach S. 701. 702 im betr. Fall überflüssig ist.

3) s. Zachariä a. a. O. Die bei Breidenbach ausgesprochene Behauptung, es sei die eigene Schuld des Betheiligten, wenn er nicht unterdessen die Sache betrieben habe, beruht auf einer ganz falschen Ansicht von dem Wesen der Verjährung. s. auch Kraus a. a. O.

4) so die bei Breidenbach S. 698—700 Angeff. s. überh. die Abh. von Kraus, dem jedoch keineswegs in Allem zuzustimmen ist.

5) Dasselbe gilt von den Kommentaren, selbst dem von Hufnagel. s. übrigens einiges (nicht ganz Richtige) bei Breidenbach S. 672—674. 697—702. Leonhardt I. 397 — 399. Weiß S. 313. Schwarze a. a. O. S. 480 — 483. Häberlin I. 199. 200. Daß ein verjährtes Verbrechen keinen Schärfungsgrund abgebe, bar. s. Hufnagel I. 634. II. 524. 534. Leonhardt I. 398. n. 2. (s. aber S. 485!) Schwarze S. 476. n. 55. Disziplinarstrafen gelten nicht als ausgeschlossen in Sachsen. Weiß a. a. O. Groß Erl. z. Ges. 16. Juni 1840. S. 30.

6) ebenso der neue Entw.

7) ebenso der bair. Entw.

8) s. aber Farin. qu. 10. n. 14 j. 35. u. Gründler §. 39 (sehr undeutlich!).

9) Carpzov qu. 141. n. 29 sq. u. das n. 33 cit. sächs. Ges. vgl. den C. Max. und die Theres.

10) Freilich herrschen über dieses und seinen Gegensatz zum Anklageprinzip bekanntlich noch krasse Irrthümer. s. meine Schrift: der Wendepunkt rc.

§. Angeführte, das überdies schon klar genug im Wesen der Verjährung überhaupt liegt [1]).

§. 131.

Für die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen geziemen sich längere Fristen, als für die Prozeßverjährung. Ihr Lauf beginnt naturgemäß mit der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses (sollte jedoch dieses deshalb nicht vollzogen werden können, weil der Verbrecher vorerst noch in Erstehung einer Freiheitsstrafe für ein früheres Verbrechen begriffen ist, erst mit der vollständigen Erstehung der letzteren), und endet mit dem letzten Augenblick der Frist. Unterbrochen wird er a) durch die Ergreifung des Verurtheilten behufs der Strafvollziehung, resp. durch Vorsetzung oder Verlängerung der Zahlungsfrist, — b) durch neue Verbrechen des Verurtheilten. Nach einer eingetretenen Unterbrechung des Strafvollzugs, bei Geldstrafen nach Ablauf der vorgesetzten oder verlängerten Zahlungsfrist läuft die Verjährung von Neuem. Wurde die Verjährung durch ein neues Verbrechen unterbrochen, so findet eben dasselbe statt. Ihre Wirkung ist ihrem Begriff nach eine vollständige Aufhebung der Strafe mit allen ihren Folgen.

1) Der Inhalt dieses §. ist dem gemeinen Rechte fremd geblieben und erst in der neueren Gesetzgebung entwickelt worden [2]). Da diese Entwicklung die gereifte Einsicht in das volle Wesen der Verjährung zum Grunde hat [3]), so ist es ein Zeichen von Geistesarmuth, wenn man sie als eine Nachahmung des franz. Rechts über die Achsel ansieht. Indessen sind die einzelnen Punkte zum Theil ziemlich verschieden normirt.

2) Während alle übrigen Gesetzgebungen hier längere Fristen, als bei der Prozeßverjährung setzen, thut dies nur die sächsische und thüringische nicht [4]). Dafür erklären beide die (Todes- und) lebenslängliche Zuchthausstrafe für unverjährbar. Ebenso das bad. und braunschw. GB., jedoch mit der Bestimmung, daß nach 20 Jahren statt der Todesstrafe lebenslängliche Zuchthaus- (Ketten)strafe eintreten soll [5]). Bei der Strafverjährung richtet sich na-

---

1) A. M. Unterholzner II. 477. v. Bothmer Erört. I. 210. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 124. nr. 1., der sich ganz mit Unrecht auf die StrafPr.O. Art. 416 beruft. Weiß S. 313. nr. 2 (sächs. Praxis). Bair. VO. 10 Dez. 1814. nr. 5.

2) Code d'inst. crim. art. 635. Sächs. GB. Art. 76. Wirt. Art. 129. Braunschw. §. 71. Bad. §. 194. Thüring. Art. 73. — Bair. Entw. Art. 74. sächs. Art. 106. Sardin. GB. Art. 144. Wadtländ. Art. 77. Hamburg. Entw. 1849. Art. 61—64. — vgl. aber auch preuß. GB. §. 60. hessisches Art. 103.

3) s. bes. die wirt., braunschw., bad. Motive, den Komm.ber. v. Rotteck (Thilo 207. 208). Temme Krit. d. preuß. Entw. I. 174 ff. Mittermaier N. Arch. 1849. S. 583. u. selbst die preuß. Staatsraths-Protok. b. Beseler S. 197. 198, wo wenigstens eine Annäherung sich findet.

4) Ebenso der sächs. Entw. Art. 112.

5) Ebenso bair. Entw. Art. 77. vgl. das wadtländ. GB. Art. 77. a. j. 62. nr. 4.

türlich die Frist einfach nach der Größe der erkannten Strafe, gleichviel ob dies die Strafe Eines Verbrechens oder mehrerer zusammentreffenden Verbrechen ist, wogegen letzteren Falls bei der Prozeßverjährung ebenso natürlich nicht die Größe der zu erkennenden Gesammtstrafe entscheidet, wenn und soweit diese die Größe der für die einzelnen Delikte gedrohten Strafen übersteigt [1]).

3) Den Anfang bestimmt am richtigsten das thüringische GB. [2]). Das sächs. GB. spricht darüber gar nicht. Das wirt. und braunschw. nennen den Augenblick der Verkündung des rechtskräftigen (vollstreckbaren) Erkenntnisses, was zu Zweifeln Raum giebt [3]), und das erstere setzt noch unmotivirt bei: oder vom Tage der Flucht an, wodurch sich der Verurtheilte der Vollziehung entzog [4]). Komplizirt ist die Bestimmung des bad. GB., nach welchem die Frist bald von der Urtheilsverkündung [5]), bald vom Tage derselben an und bei Freiheitsstrafen zunächst vom Ende der im Urtheil bestimmten Strafzeit, und nur bei Zuchthausstrafe wieder relativ einfach vom Tage der Verkündung an läuft [6]). — Das Ende lassen das sächs. und bad. GB. unbestimmt. Nach den übrigen [7]) und den beiden Entw. tritt es mit dem Anfang des letzten Tages der Frist ein.

4) Ueber die Unterbrechung enthält das sächs. GB. gar nichts [8]). Die Unterbrechung durch ein neues Verbrechen [9]) kennen das wirt. GB., der bair. Entw. und relativ das bad. GB., wo ein gleiches oder gleichartiges Verbrechen erfordert wird. Nach beiden ersteren beginnt sofort die Verjährung von Neuem [10]). Das bad. GB. ist dagegen auch hier eigenthümlich. Es läßt, wenn hinsichtlich des neuen Delikts Prozeß- oder Strafverjährung eintritt, oder die Strafe desselben verbüßt ist, die Unterbrechung als nicht eingetreten gelten. — Außerdem führen das wirt. und bad. GB. nur die Ergreifung des Verurtheilten an, was nicht genügt [11]). Richtiger sagen — nicht den Worten, aber dem Sinne nach — das braunschw. und thüring. GB., die Verjährung werde unterbrochen mit dem

---

1) Hufnagel I. 298. Breidenbach I, 2. S. 680. n. 4.

2) Ebenso der sächs. Entw. Art. 112, und im Wesentlichen der bair. Art. 74, der nur dem Augenblick den Tag substituirt (mit Unrecht ist aber: vollstreckbar nicht beigefügt).

3) Hufnagel I. 307. 676—678. III. 650.

4) Ohne Grund tadelt dies Schwarze a. a. O. S. 470. n. 29, mit Grund Hufnagel III. 650. Willkührlich ist Schaffrath S. 662.

5) Man wird diese Bestimmung ebenso auslegen müssen, wie die des wirt. u. braunschw. GBs.

6) Ueber die im §. gemachte Ausnahme s. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 500.

7) Das wirt. GB. spricht es indessen nur bei der Prozeßverjährung aus, daher es noch die Frage ist, ob dies mit Hufnagel II. 908. auch hierher ausgedehnt werden darf? s. indessen III. 651. u. Strfgb. m. Anm. S. 126. 127. nr. 6, woraus hervorgeht, daß H. hier sehr ungenau ist. In ersterer Stelle scheint er der entgegengesetzten Meinung zu sein (?). Der Zweifel fällt weg nach dem sächs. Entw. Art. 110 j. 112, 1.

8) Schaffrath S. 665.

9) nicht durch eine Polizeiübertretung. Nach dem wirt. Recht muß das Delikt dolos und nicht bloß mit Geldbuße bedroht sein. Der bair. Entw. schließt wenigstens kulpose Vergehen aus.

10) Das wirt. GB. sagt dies nicht ausdrücklich, dag. der bair. Entw. Art. 75. j. 74 a. E. scheint es sogar auszuschließen; s. jedoch auch Art. 73, der durch Analogie darauf führt.

11) s. jedoch wirt. Polizeistr.Gb. Art. 106 (Aufforderung zur Zahlung).

Anfange des Strafvollzugs, und, wenn sofort mit dem Augenblicke, wo dieser eingestellt werde oder der Verurtheilte sich ihm entziehe, eine neue Verjährung beginne, so werde diese unterbrochen durch Erneurung der Strafvollstreckung oder Ergreifung des Schuldigen behufs der Strafvollziehung [1]). Noch genauer drückt sich der bair. Entw. Art. 75 j. 74 S. 3 aus.

5) Den engherzigen, dem Wesen der Verjährung absolut widersprechenden Satz [2]), daß die Strafverjährung die mit der erkannten Strafe gesetzlich oder durch richterlichen Ausspruch verbundenen Folgen (mit andern Worten die lebensängliche Infamie!) nicht aufhebe, enthält nur die sächs. Gesetzgebung nicht, weil sie die Infamie nur an die wirklich erlittene Zuchthausstrafe bindet [3]). In Wirtemberg [4]) ist indessen der betr. Art. des Gbs abgeändert worden [5]), nur freilich auf völlig sinnlose Weise [6]). — Auffallender Weise erkennen dagegen die neuen Gesetzgebungen in seltener Uebereinstimmung eine andre Wirkung der Verjährung an, die weit weniger nahe liegt und ihr in der That nur willkührlich beigelegt wird, — beim Rückfall. Daß im Fall der Strafverjährung für ein nach deren Ablauf wieder verübtes gleichartiges Verbrechen der Begriff des Rückfalls auszuschließen sei, folgt aus dem Wesen dieser Verjährung ganz und gar nicht, da darin nur die Aufhebung der Strafe, nicht aber des Erkenntnisses liegt, mithin hier nicht, wie bei der Prozeßverjährung, die dem Erkenntniß zu Grunde liegende Handlung ihrer strafrechtlichen Bedeutung entkleidet wird [7]). Gleich=

---

1) s. auch den sächs. Entw. Art. 112. Ebenso Rauter nach franz. Recht. A. M. Cousturier l. c. p. 370 sq. Hoorebeke p. 269 sq. Sehr unklar ist hierüber Mittermaier N. Arch. 1849. S. 584. 585.

2) s. dag. N. Rev. S. 911. 919. Wirth Ethik II. 336—338. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 500 ob. j. Komm. II. 524—527. A. M. ist auffallender Weise Mittermaier a. a. O. S. 584 (wenn er nicht etwa bloß das franz. Recht meint, nach welchem übrigens die Frage bestritten ist).

3) Um so mehr sucht Doktrin und Praxis auf andre Weise die Wirkung der Verjährung, so gut es geht, zu beschnipfeln. Weiß S. 313. Schwarze S. 481—483. s. dag. Schaffrath S. 661. Einen Mittelweg schlägt das wadtl. GB. ein, Art. 78 (?).

4) Schon der Entw. des GBs enthielt den fraglichen Satz nicht. Hufnagel I. 291. 292. Das GB. verbindet die Infamie beiläufig (Art. 129) auch mit der Todesstrafe. vgl. Breidenbach I. 1. S. 323—325.

5) Ges. 13. Aug. 1849. Art. 18. Dadurch wurde die in der N. Rev. S. 919 aufgestellte Forderung erfüllt.

6) Denn der Art. 18 cit. paßt gar nicht auf den Fall des Art. 129, 2 des Gbs, der dadurch „abgeändert" sein soll! Er setzt vollzogene Freiheitsstrafen voraus, die ja bei der Strafverjährung gerade gar nicht vorkommen können, ist also in allen Fällen, wo nicht der Ehrverlust selbständig ausgesprochen ist, gar nicht anwendbar, falls man nicht höchst künstlich sagen will, die 4, 7, 10jährige Frist laufe, statt von Erstehung der Freiheitsstrafe, von dem Ende der Strafverjährung (15 J.) an. Dies ergäbe aber die monströseste Ungleichheit gegenüber dem Fall der selbständigen Erkennung des Verlustes, für welchen die ganze Bestimmung freilich allein praktisch ist, indem sie die lebensl. Dauer auf 4 Jahre herabsetzt! Auf eine verjährte Todes= und lebensl. Zuchthausstrafe ist der Art. ohnedies nicht einmal mittelst jener künstlichen Auslegung anwendbar!!

7) Dieser sehr deutliche Unterschied wird meist nicht oder nicht klar eingesehen. Besonders gilt dies auch von Hufnagel, sowie von Abegg N. Arch. 1851. Beil. H. 2. S. 43. 44. Man würde sonst gar nicht darüber zweifeln, daß betr. Falls das frühere Erkenntniß, resp. die früher erlittene Strafe mindestens straferhöhend wirken müssen. Hufnagel Strfgb. S. 120. not. 5. 6.

wohl legt das wirt. GB. Art. 126 der Strafverjährung diese Wirkung bei, und der Grund, warum das sächs., braunschw. und thüring. GB. und das oldenb. Ges. 3. Juli 1832. §. 12 nicht dasselbe thun, liegt bloß darin, daß nach ihnen der Rückfall eine vorher wenigstens theilweise erlittene Strafe voraussetzt. Um so gewisser stimmen sie mit dem weiteren Satz des wirt. Gbs überein [1]), daß der Begriff des Rückfalls dann ausgeschlossen sein soll, wenn seit der Verbüßung der Strafe für das frühere Verbrechen die Frist der Strafverjährung abgelaufen ist [2]), ein Satz, den auch das bad. GB., nur in etwas komplizirterer Weise (§. 200—202) ausspricht. Dieser Satz hat so sehr Beifall gefunden, daß selbst Gbücher, die eine Strafverjährung gar nicht kennen, denselben (wenn auch natürlich hinsichtlich der erforderlichen Frist modifizirt) aufgenommen haben, — nämlich das hessische Art. 103, und das preußische §. 60. 219. 240 [3]).

Anhang.

Als Grund der Tilgung der Strafbarkeit prinzipiell zu verwerfen ist der Verzicht auf die Klage. Denn, nachdem die deutsche Rechtsentwicklung immer entschiedener zur Verwerfung der Begriffe des Privatdelikts und der Privatstrafe geführt hat [4]), so erscheint es als sehr inkonsequent, wenn gleichwohl auch die neuere Gesetzgebung, und zwar in einer großen Reihe von Fällen, dem Beschädigten (und seinen Nächsten) das Recht einräumt, über die Frage, ob das Delikt bestraft werden soll, durch seinen Willen zu entscheiden [5]). — Es hat zwar auch im öffentlichen Strafrecht der Römer Fälle gegeben, in welchen das allgemeine Anklagerecht zu Gunsten der zunächst Verletzten beschränkt war (Ehebruch, Entführung, suppositio partus), jedoch keineswegs unbedingt [6]); aber diese Ausnahmen stehen sehr vereinzelt da [7]), so daß für das römische Recht die

1) Ebenso der sächs. Entw. Art. 80, 2, wogegen der bairische diese Anomalie nicht aufgenommen hat. vgl. Bauer Abh. II. 165. not. a.

2) Das wirt. GB. setzt übrigens dabei mit Recht voraus, daß nicht innerhalb der Verjährungszeit ein neues gleichartiges Verbrechen begangen sei. Hufnagel I. 651. 652. III. 647. vgl. I. 652—656. II. 536. Sehr bestritten ist dies dagegen nach dem sächs. GB., das sich hierüber keineswegs bestimmt ausspricht. s. Weiß S. 319. 320. Groß I. 130. v. Hartitzsch S. 159. Schaffrath S. 661. 664. Held N. Jahrb. II. 80 ff. Schwarze a. a. O. S. 476—479. Held u. Siebdrat S. 139. Dieselben Zweifel bestehen nach dem braunschw. GB., wogegen das thüringische, das oldenb. Ges. u. der sächs. Entw. sie entfernen. Allein die Anomalie ist nach diesen Gbächern jedenfalls eine doppelte, da sie bei der Strafverjährung überhaupt die Unterbrechung durch neue Verbrechen nicht annehmen, wogegen das bad., wie das wirt. GB. wenigstens nicht an dieser Inkonsequenz leidet.

3) s. jed. §. 233. Goldtammer I. 470—472.

4) Eine Ausnahme machte nur die Injurie.

5) s. o. §. 112. Anm. 2. (hier auch die Literatur). N. Rev. S. 906—908. Wendepunkt S. 18—21. vgl. Godefroi p. 115. Mittermaier N. Arch. 1838. S. 613—616.

6) Ehebruch s. die Stellen b. Wächter Lb. II. §. 214. n. 66. Entführung s. l. un. pr. C. h. t. (9. 13). Nov. 123. c. 43. bei supp. partus ist eine Ausnahme nicht gemacht. l. 30 §. 1 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10).

7) Die Majestätsbeleidigung kann man nicht mit Zachariä N. Arch. 1845.

Regel eben nur in das Gebiet des im antiken Staate wohlberechtigten Privatstrafrechts fällt. Im gem. deutschen Rechte sind nun allerdings die gedachten Fälle, sowie einige Fälle aus dem Privatstrafrecht stehen geblieben [1]); namentlich Ehebruch [2]) (jedoch nicht im Fall öffentlichen Aergernisses) [3]), Entführung (jedoch nur in bestimmten Fällen) [4]), Nothzucht (wenn nicht ein andres Verbrechen damit konkurrirt) [5]), suppositio partus (mit derselben Beschränkung) [6]); in allen diesen Fällen (den Ehebruch ausgenommen) ist aber die Frage nicht nur von jeher bestritten, sondern weit die Mehrzahl der Schriftsteller für das Verfahren von Amtswegen gewesen [7]); — ferner aus dem Kreise des römischen Privatstrafrechts: die Eigenthumsbeschädigung [8]), der Familiendiebstahl [9]), — die Injurie (jedoch mit Ausnahme des Pasquills, der injuria publica, der mit öffentlicher Ruhestörung verbundenen Injurie, und [10]) der Injurien contra parentes), — endlich leichtere Körperverletzungen [11]), soweit sie eben noch als Realinjurien gelten können. So war denn im gem. Recht, wenigstens in der Praxis, die Zahl der Fälle eine zuletzt sehr kleine, und erst in neuerer Zeit wurde von mehreren Seiten (nicht ohne Widerspruch) die Vermehrung derselben, großentheils aus sehr wenig stichhaltigen Gründen empfohlen (§. 112. Anm. 2 a. E.), und die Empfehlung hat bei der neueren Gesetzgebung Anklang gefunden [12]). Die Fälle sind nicht überall die nämlichen: aber gewisse Grundgedanken erscheinen doch überall gleichmäßig. Zunächst scheiden die Gbücher meist zwei verschiedene Klassen von nicht ex off. zu untersuchenden Delikten nicht gehörig von einander ab: nämlich a) Majestätsbeleidigung, Beleidigung der eigenen Regierung, Verbrechen gegen fremde Staaten

---

S. 571 hierher stellen. Gegen die irrigen Behauptungen von Gönner und v. Hagen s. Godefroi p. 10 sq. Zachariä S. 569. 570.

1) Mit Unrecht stellt Zachariä S. 571—573 die Dienstvergehen hierher, da er doch selbst zugiebt, daß es sich im gem. Rechte nicht nachweisen lasse.

2) P.G.O. Art. 120.

3) R.P.O. 1530. Tit. 33. v. 1548. Tit. 25 §. 2. v. 1577. Tit. 26 §. 2. A. M. Zachariä S. 584. s. dag. Wächter II. §. 214. n. 67. Die Ausnahme, die jener bei Kuppelei von Seiten des Ehemanns macht, verwirft Wächter Abh. I. 126 mit Recht.

4) P.G.O. Art. 118. Wächter Abh. I. 90. u. die n. 83 Citt. Zachariä S. 585. 586. Godefroi p. 39 sq.

5) P.G.O. Art. 119. Wächter eb. S. 27. n. 10. Zachariä 587. 588.

6) Zachariä S. 588. 589. Abegg im N. Arch. XI. 620 (?). Godefroi p. 53 sq.

7) Auch beim Ehebruch war hiefür in Wirtemb. die Praxis entschieden. Wächter Lb. II. §. 214. n. 67 a. E. vgl. außerdem Müller §. 75. n. 18. Breidenbach I. 1. S. 643. n. 4. Wächter Abh. I. 266.

8) jedoch gleichfalls jedenfalls mit Beschränkungen. Feuerbach §. 310. Wächter Lb. II. §. 202.

9) P.G.O. Art. 165. Zachariä S. 589—593.

10) vgl. Zachariä S. 573—579, der übrigens das Einschreiten ex off. mehrfach zu sehr beschränkt.

11) Heffter §. 282. v. Jagemann N. Arch. 1844. S. 10 f.

12) Bair. GB. Art. 228. 372. 373. 401. VO. 25. März 1816. Art. 12. Sächs. GB. Art. 75. Wirt. Art. 134 ff. Hannövr. GB. s. v. Bothmer Erört. I. 219—225. Leonhardt I. 323 ff. Braunschw. §. 70. 244—247. Hess. Art. 54—56. Bad. s. die Mot. b. Thilo S. 209. 210. Thüring. Art. 70. Preuß. §. 50 ff. Oestr. §. 529. 530. Bair. Entw. Art. 66. 67. Sächs. Art. 95—105.

und Regenten, Dienstvergehen, Amtsehrenbeleidigung ꝛc. [1]) und b) Delikte, bei denen die Klage von einem Privaten auszugehen hat. Es ist offenbar, daß bei der ersten Klasse von Delikten großentheils andere Rücksichten für die Ausschließung des Verfahrens ex off. entscheiden, als bei der zweiten, nämlich öffentlich rechtliche und politische, resp. völkerrechtliche [2]), weshalb es nicht angemessen erscheint, wenn die über Klage ꝛc. aufgestellten Vorschriften hie und da so allgemein formulirt sind, daß Zweifel darüber entstehen können, ob sie auch auf die erstere Klasse anwendbar sein sollen. Unzweifelhaft abzuweisen ist dies (abgesehen von den über Verjährung gegebenen Vorschriften) [3]) da, wo ausdrücklich bei den fraglichen Bestimmungen Privatpersonen als die Betheiligten genannt, oder dieselben unzweideutig nur auf solche berechnet sind, wie im preuß. GB. §. 50 [4]), im braunschw. §. 70. j. 244—247 [5]), und nach den Motiven im badischen [6]), oder wo dies wenigstens im einen oder andern Fall sich so verhält, wie im sächs., thüring. und hess. GB. hinsichtlich der in beiden in den Art. 4. 5. und im Art. 104 (sächs.), 99 (thüring.) bezeichneten Fälle, wogegen die Anträge der vorgesetzten Behörden bei Dienstvergehen den Anträgen der betheiligten Privatpersonen an die Seite gestellt sind [7]). Nach wirt. Recht sind wohl die betr. Bestimmungen auf keinen der in die Klasse a) gehörigen Fälle zu beziehen, wiewohl es nirgends geradezu gesagt, auch in den Verhandl. nicht berührt worden ist [8]). In Hannover ist die Frage ganz und gar unbestimmt geblieben [9]). Das östr. GB. gehört hierher nicht, da es zwar §. 529 Behörden und Privatpersonen gleichstellt, aber erstere eben nur in Fällen, wo sie selbst als Beschädigte

---

1) s. z. B. sächs. GB. Art. 104. 326. vgl. Art. 4. 5 (Verbrechen im Ausland oder gegen das Ausland). wirt. Art. 155. 167. hannövr. Art. 141. 142. 340. braunschw. §. 95. 255. hess. Art. 4. 145. 146. 148—150. 152. nr. 3—5. 190. bad. §. 319. 596. 614. Einführ.Ed. §. 8. Einf.Ges. 1851. §. 9. thüring. Art. 4. 5. 99. 322. preuß. §. 81. 102. 103.

2) Leonhardt I. 328. 329. Breidenbach I. 1. S. 644. 645.

3) s. hinsichtlich der Verjährung §. 128. Anm. 1.

4) doch sind unter die Privatpersonen auch die Gesandten und Kammermitglieder zu stellen. Goldtammer I. 442.

5) im Gegensatz zu §. 95. 255. vgl. Breym. S. 232.

6) Thilo S. 209. 210. Im §. 319. 596 u. im Einf.Ed. §. 8 lauten freilich die Ausdrücke so, daß man ganz wohl das Gegentheil glauben könnte. s. auch §. 577. 579. vgl. indessen auch Einf.Ges. 1851. §. 9. Hieher gehört wohl auch der bair. Entw., der freilich auch den allgemeinen Ausdruck: Antrag des Beschädigten gebraucht.

7) Sächs. GB. Art. 326; im Art. 75 ist zwar nur vom Antrag einer betheiligten Person die Rede. s. aber Art. 77. 78, Weiß S. 307 und die deutliche Gleichstellung im Entw. Art. 95. 105. 375. Thüring. GB. Art. 322 j. Strafproz.O. Art. 4. — Nach dem sächs. GB. können die vorgesetzten Behörden in gewissen geringeren Fällen statt des Antrags bei Gericht die Sache selbst in die Hand nehmen und disziplinarisch abmachen. vgl. VO. 27. April 1838. Art. 5. Weiß S. 838 ff. — In Hessen sind ausgen. Art. 4. 145. 146. 151. 152, nicht aber Art. 190, wie Breidenbach S. 644 sagt. s. Bopp S. 20.

8) arg. der Worte in Art. 134 „des Beschädigten", welche auf die betr. (sehr wenigen) Fälle — Art. 155. 167. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 24 — nicht gut passen. s. übr. Hufnagel Strfgb. m. Anm. S. 130.

9) Daher der Streit hins. der Verjährung s. o., der auch bei der Frage über den Verzicht wiederkehrt. Leonhardt I. 327—329 u. Schlüter, v. Bothmer ib. citt.

erscheinen, als klagberechtigt aufführt [1]). — Von den in die Klasse a) gehörigen Fällen nun abgesehen, sind die Gründe, aus welchen von der Regel des Verfahrens ex off. Ausnahmen gemacht zu werden pflegen [2]), vornämlich theils die schonende Rücksicht auf den Verletzten selbst, dem es leicht doppelt kränkend sein könnte, wenn die Verletzung, die wesentlich in einer Kränkung des Ehrgefühls besteht, durch amtliche Verfolgung weiter verbreitet würde, daher diese Rücksicht dann wegfällt, wenn die Beleidigung nicht den Privatcharakter, sondern den öffentlichen betrifft [3]), — theils schonende Rücksicht auf die Interessen des inneren Familienlebens [4]), welche dann wiederum wegfällt, wenn durch das im Verbrechen selbst gegebene öffentliche Aergerniß das Familienverhältniß an sich schon profanirt und prostituirt ist [5]), oder wenn diejenigen selbst, welchen der entscheidende Wille in der Familie zukommt, das Verbrechen an einem ihrem Schutze befohlenen Mitgliede derselben verübt haben [6]), — theils Rücksicht auf die manchmal schwer zu ziehende Grenze zwischen bürgerlichem und strafbarem Unrecht [7]), — auch wohl die unbestimmte Rücksicht: minima non curat praetor [8]).

1) Zwar sind auch die Rechtsgrundsätze selbst in dieser Lehre in den neueren Gesetzgebungen in sehr verschiedenem Grade entwickelt. Aber darin stimmen sie sämmtlich überein, daß sie die betr. Delikte in keinem Sinne als Privatdelikte [9]) auffassen. Vielmehr die Delikte, wie die Strafen sind öffentlicher Natur und die Klage, wovon die Untersuchung abhängig gemacht ist, gilt keineswegs als frei disponibles Vermögensrecht. Es soll nur binnen einer gewissen Zeit in das Be-

---

1) §. 492. j. 495.

2) s. hierüber bes. Godefroi p. 115 sq. Mittermaier N. Arch. 1838. S. 617—620.

3) Dagegen stellt sich Zachariä N. Arch. 1847. S. 391. 392 auf einen veralteten Standpunkt, wenn er hervorhebt, daß die Strafe hier den Charakter der Privatsatisfaktion habe (dies ist nur bei der actio inj. aestim. richtig) und daß der Staat sich hier überhaupt nur einmische, um Privatrache zu verhindern. Hierher gehören Injurien, Körperverletzungen, Nothzucht, Verletzung fremder Geheimnisse ꝛc.

4) Theils untergeordnet, theils schief erscheint der von Zachariä S. 392—394 mit eingemischte Gesichtspunkt der relativ vom Staate anerkannten Familienstrafgewalt. (s. übr. das östr. GB. §. 525.) Was er unter 2. und 3 scheidet, gehört zusammen. — Unter diese Rubrik fallen die Eigenthumsverletzungen innerhalb der Familie, Ehebruch, Entführung, Unzucht, betrügliche Verleitung zur Ehe, Verführung zum Beischlaf durch Vorspieglung der Ehe, Verleitung von Minderjährigen, Betrug und Fälschung in Bez. auf Familienrechte.

5) so z. B. beim Ehebruch, Sodomie, Nothzucht ꝛc.

6) z. B. bei Verführung zur Unzucht, Zwang zur Ehe ꝛc.

7) Dies ignorirt Zachariä. Es gehört hierher leichtere Eigenthumsbeschädigung, Betrug in Vertragsverhältnissen, Beschädigung durch Verletzung fremder Geheimnisse, widerrechtliche Benutzung fremder Sachen ꝛc.

8) z. B. bei Entwendung von Eß- und Trinkwaaren aus Hunger, Drohungen, Selbsthilfe, Hausfriedensbruch ꝛc. Für Andres, was noch vorkommt, wie Nöthigung, betrüglicher Bankerott, ungesetzliche Verhaftung ꝛc. ꝛc., läßt sich ein genügender Grund nicht wohl denken.

9) Eine Ausnahme macht in Wirt. die noch zugelassene actio inj. aestim. Ges. üb. die privatr. Folg. Art. 17. Mit Unrecht nennt dagegen Beseler S. 333 die Injurie nach preuß. Rechte ein Privatdelikt. Aehnlich Schlüter S. 222. n. 18. Das bad. GB. kennt Geldstrafen, die dem Verletzten zufallen (§. 161). — Sehr ungenügend über die ganze Materie ist Häberlin I. 184—187.

lieben des Verletzten gestellt sein, ob er verzeihen oder der öffentlichen Justiz ihren Lauf lassen will. Aber selbst dieses Belieben ist meist mehr oder minder begrenzt. — Außer jenem negativen Grundsatze jedoch ist den neuen Gbüchern positiv nur der Eine gemeinschaftlich [1]), daß ohne eine Klage (Antrag, Anzeige rc.) des Betheiligten eine Untersuchung ex officio, resp. ein Vorschreiten des Staatsanwalts nicht stattfinden darf (s. jed. unten). Dabei wird aber schon eben diese Anregung durch den Betheiligten oft in einem und demselben GB., durch verschiedene Ausdrücke bezeichnet [2]), wo denn bei einigen Gbüchern diese Verschiedenheit der Ausdrücke rechtlich indifferent [3]), bei andern dagegen von rechtlicher Bedeutung ist [4]), während wieder bei andern es zweifelhaft bleibt, ob das Eine oder das Andre der Fall sei [5]).

2) Eine wesentliche Verschiedenheit tritt sofort gleich hinsichtlich der Frage ein, ob die einmal Seitens des Betheiligten gegebene Anregung von ihm auch wieder rückgängig gemacht werden könne, und in welchem Umfang. Gar nichts hierüber sagen das bair. und hannövr. GB. Nach beiden ist daher auch die Frage zu verneinen [6]), ausgen. (in Hannover) beim Ehebruch, wenn noch vor gefälltem Strafurtheil der Beleidigte verzeiht und die Ehe fortsetzen zu wollen erklärt [7]). Das preuß. GB. §. 53 stellt ausdrücklich den Grundsatz auf, daß nach Eröffnung der Untersuchung [8]) der Antrag auf Bestrafung nicht wieder zurückgenommen werden könne, macht jedoch Ausnahmen (beim Ehebruch, wo bis zur Eröffnung des Erkenntnisses dem Beleidigten der ausdrückliche Antrag auf Nichtbestrafung gestattet ist §. 140, bei Injurien und leichten Körperverletzungen,

---

1) Bair. GB. Art. 228 (372. 373. 401). Sächs. Art. 75. Wirt. Art. 134. Hannövr. Art. 147. 218. 248. 253. 258. 259. 269. 273. 275. 318. Braunschw. §. 244. Hess. Art. 54. Bad. Strafpr.O. §. 2. Thüring. Strafpr.O. Art. 4. Preuß. GB. §. 50. Oestr. Strafpr.O. §. 2. Bair. Entw. Art. 66. Sächs. Entw. Art. 95.

2) Nicht der Fall ist dies in Wirtemb. (Klage), Hessen (Klage), Braunschweig (Anzeige).

3) Sachsen (Antrag, Anzeige), Thüringen (Antrag, Anklage), Oestreich (Verlangen, Anklage).

4) Baden (Anklage, Anzeige s. Strafpr.O. §. 55. 67. 328 ff.). Preußen (Antrag, Privatklage, s. GB. §. 160. 343. 189. Einf.Ges. Art. 16. 17).

5) Baiern (Anzeige, Klage, Denunziation), Hannover (Antrag, Verlangen, Anzeige). vgl. v. Bothmer u. Leonhardt a. a. O. mit den ganz abweichenden Behauptungen von Zachariä N. Arch. 1847. S. 399 ff.

6) Bair. Strafger. IV. 414. Note.

7) Schlüter nimmt auch die Injurien aus, jedoch nur auf ein unsicheres arg. a contr. hin. Ganz willführliche Behauptungen stellt Zachariä S. 396 f. auf. Die Argumente aus dem gem. Recht beweisen bei ihm sowenig, als bei seinem Gegner v. Bothmer, wobei er übrigens Henke IV. §. 27 irrig auffaßt. Dagegen entscheidet gegen ihn der Grund, daß das GB. das Verfahren ex off. entschieden als die Regel aufstellt, daher bei dem Schweigen des GBs die Ausnahmen nicht willführlich ausgedehnt werden dürfen, dazu die Beziehung auf die vorangegangenen Gbücher, bes. das bairische, und das arg. a contr. aus Art. 258. 259. Zudem ist die ganze Klassifizirung der fraglichen Delikte bei Zachariä durchaus willführlich motivirt (s. o.), wie denn auch seinen Behauptungen die übrigen neuen Gbücher größtentheils entgegen sind. s. Leonhardt I. 326 — 328 bes. die Entsch. des O.A.Ger. not. 10.

8) Während der Informationshandlungen des Staatsanwalts ist die Zurücknahme übrigens noch möglich. vgl. VO. 3. Jan. 1849. §. 11. 39. Erk. d. OTrib. b. Frantz preuß. Strafproz. I. 41. 42. Goldtammer I. 443.

wo im Fall der Privatklage der Antrag auf Bestrafung selbst noch bis zum Anfang der Vollstreckung des Erkenntnisses zurückgenommen werden kann §. 160. 189. 343, s. jed. auch Einf.Ges. Art. 17). Dasselbe ist Grundsatz des bad. Gbs bei den nur auf Anzeige des Betheiligten zu untersuchenden Delikten [1]), jedoch gleichfalls mit Ausnahme des Ehebruchs, wo durch Zurücknahme der Anzeige vor Verkündung des Erkenntnisses die Einstellung des Verfahrens, durch Zurücknahme nach derselben sogar die Aufhebung der Vollziehung des Erk. gegen den schuldigen Ehegatten bewirkt wird §. 349. 352. vgl. 351. 353, und des Familiendiebstahls, wo dadurch bis zur Verkündung des ersten Erk. wenigstens die Einstellung des Verfahrens bewirkt werden kann §. 389. 390. 394. In andern Fällen ist eine Anklage [2]) erforderlich, welche bei falschen Beschuldigungen, Injurien und Verläumdungen solange wirksam zurückgenommen werden kann, als nicht ein verurtheilendes Erk. erfolgt und in Rechtskraft übergegangen ist [3]). Nach dem hess. GB. Art. 55 ist der Verzicht auf die angestellte Klage möglich bis zur ersten gerichtlichen Vernehmung des Angeschuldigten (beim Ehebruch bis zu Fällung des Urtheils Art. 328), (bei einfachen Injurien bis zu rechtskräftig gewordenem Erk. Art. 319. s. Einf.Ges. Art. 25) [4]). Nach wirt. Rechte bis zur Eröffnung des Beschlusses über Versetzung in den Anklagestand oder, wo eine solche nicht stattfand, bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung (bei Ehebruch und Injurien bis zur Eröffnung des Urtheils) [5]). Nach dem sächs. u. braunschweig. GB. ist die Zurücknahme der Anzeige allgemein bis zur Eröffnung des Erk. gestattet (des Erk. erster Instanz, wie letzteres ausdrücklich, ersteres implic. sagt); beim Ehebruch nach sächs. Rechte auch nach der Verkündung, mit der Wirkung, daß die Strafe an dem schuldigen Gatten nicht vollzogen werden darf [6]); nach dem braunschw. GB. kann der Beleidigte bei Injurien die Strafe ganz oder theilweise erlassen [7]). Eben denselben Grundsatz wie das sächs. stellen das thüring. und das östr. GB. §. 530 auf; und letzteres fügt bei, daß ein Widerruf des Antrags auf Bestrafung nach Verkündung des Erk.

---

1) §. 238. 278. 280. 338. 343. 361. 391. 444. 456. 476. 544. 545. 577. 579. 654. Nach Zachariä's Meinung (S. 400. 401) müßte dem Ausdrucke des GBs (Unters. und Bestrafung) gemäß gerade das Umgekehrte gelten.

2) §. 238. 279. 315 f.

3) §. 322. vgl. Strafpr.O. §. 332. Ob dies auch in den Fällen der §. 238. 279 gelte, sagt das GB. nicht; der angef. §. 332 führt neben den §. 315 f. nur den §. 238, nicht auch den §. 279 auf.

4) Ebenso lautete das wirt. GB. Art. 135, wo unter der ersten Vernehmung die erste Vernehmung in der Spezialuntersuchung zu verstehen war, was Breidenbach höchst willkührlich ansicht. Hufnagel I. 677. 678. II. 909. Anders legen nach jenem die hess. Gerichte diesseits des Rheins den Art. 55 aus (buchstäblich), womit jedoch die rheinhessischen nicht übereinstimmen. I, 1. S. 644—647.

5) Ges. 13. Aug. 1849. Art. 19. vgl. Hufnagel II. 909.

6) Vorausgesetzt, daß nicht die Ehe bereits getrennt ist. s. das O.A.Ger. bei Weiß S. 305. 567. Groß I. 157. vgl. übrigens Schaffrath S. 655. s. aber S. 656. Held u. Siebdrat S. 297. 298. vgl. jed. hiemit das braunschw. GB. §. 188 u. Breym. S. 321.

7) vgl. übr. die Bem. 2 zu §. 147 b. Breym. S. 321. — Eigenthümlich ist die Bestimmung des bair. Entw. Art. 66. (drei Tage nach gestelltem Antrag). Das GB. schwieg. Die Nov. 12. Apr. 1814 gestattete beim Familiendiebstahl die Zurücknahme des Antrags nicht. Der sächs. bleibt bei der Regel des Gbs. Art. 103.

in der Regel nur als Strafmilderungsgrund in zweiter Instanz wirke [1]). Der Erlaß der Strafe durch den betheiligten Privaten oder die dazu berufene öffentliche Behörde hat nach §. 529 die gleiche Wirkung, wie die Vollstreckung der Strafe.

3) Es ist nun aber schon der Grundsatz, daß überhaupt nur auf Anregung des Betheiligten gerichtliche Untersuchung und Bestrafung stattfinden dürfe, resp. der Verzicht auf die bereits angestellte Klage Wirksamkeit habe, meist theils allgemein bei allen fraglichen Delikten [2]), theils wenigstens bei den einen oder andern, wie namentlich Injurien, Körperverletzungen, Nothzucht und andern Unzuchtsverbrechen, auf die Fälle beschränkt, daß das Delikt nicht mit einer Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden gewesen [3]) oder daß nicht dadurch ein öffentliches Aergerniß gegeben worden sei [4]). Desgleichen ist hie und da Einschreitung ex off. vorbehalten bei Injurien contra parentes [5]), sowie beim Familiendiebstahl und Entwendung von Eßwaaren, wenn sie auf gefährliche Weise begangen werden [6]). Zuweit gegangen ist es übrigens, wenn dasselbe überall auch im Fall der idealen Konkurrenz eines hierhergehörigen Delikts mit einem ex off. zu untersuchenden angeordnet wird [7]). Eigenthümlich sind endlich noch die hie und da vorkommenden Bestimmungen, wornach Aufsichtsbehörden neben oder statt eines Privatbetheiligten [8]), resp. Behörden selbst als unmittelbar Betheiligte zu der die Untersuchung bedingenden Anregung berufen werden [9]) (abgesehen von den Fällen, wo bei Dienstvergehen die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens von dem Antrag oder der Ermächtigung der vorgesetzten Dienstbehörde abhängig gemacht wird. s. o.).

---

1) Ueber den Ehebruch s. §. 503. Auch die bereits gegen den schuldigen Ehegatten erkannte Strafe erlischt, wenn der Beleidigte erklärt, er wolle die Ehe mit ihm fortsetzen.

2) so im braunschw. GB. §. 244. vgl. Ges. 23. Febr. 1837. nr. 9. §. 4. Breym. Bem. 2 zu §. 247. S. 321.

3) Wirt. GB. Art. 261; s. dag. 291, wornach die Injurie an sich dadurch nicht ex off. strafbar wird (vgl. Zachariä N. Arch. 1845. S. 577. 578. 580?). s. übr. Hufnagel II. 125. III. 314—317. 672. Hannövr. GB. Art. 269. Hess. GB. Art. 272. s. dag. 319 (wie in Wirtemb. bei Körperverl. auch dann, wenn der von seinem rechtlichen Vertreter Beschädigte nicht im Stande ist, sich selbst an die Obrigkeit zu wenden). Preuß. Einf.Ges. Art. 16. 17 (Beseler S. 333. 620). Andre Rücksichten s. im thüring. GB. Art. 136. Eigenthümlich Bad. §. 238.

4) z. B. Wirt. GB. Art. 300. 310. Ueber Sächs. Art. 214. s. v. Härtitzsch S. 343. Schaffrath S. 657. Hannövr. Art. 258. 273. Bad. §. 338. 361. Oestr. §. 503. j. 510. Bei Nothzucht u. dgl. wird auch wohl der Fall ausgenommen, wenn sie den Tod oder sonst schwere Folgen herbeigeführt hat. Wirt. GB. 300. Hann. 273, — wenn bei Verführung zur Unzucht ein Respektsverhältniß mißbraucht wurde und die verführte Person nicht klagt. Wirt. GB. a. a. O. Aehnlich preuß. GB. bei kulp. Tödtung §. 198.

5) z. B. sächs. GB. Art. 135. 203. Hannövr. Art. 269.

6) z. B. sächs. GB. Art. 237. 238. Wirt. Art. 339. 340. Thüring. Art. 229. 230. Hess. Einf.Ges. Art. 33 (s. dag. GB. Art. 328 vgl. Hannövr. Art. 318. Bad. §. 389--391. Preuß. §. 229. Oestr. §. 463).

7) wie im braunschw. GB. §. 244. s. dag. Wirt. Art. 291. Sächs. Art. 203. Hess. Art. 319. Bad. §. 315. Thilo S. 288.

8) so namentlich bei der Amtsehrenbeleidigung. s. z. B. Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 24. Hess. GB. Art. 190. Bad. §. 317. Thüring. Art. 293.

9) z. B. Bad. GB. §. 370. 577. 579.

4) Ferner ist nicht selten die Zurücknahme des Antrags nur dann für wirksam erklärt, wenn nicht der Angeschuldigte auf Durchführung des Prozesses dringt, was namentlich behufs der Vorbereitung der Gegenklage auf falsche Denunziation geschehen kann [1]).

5) Die Frage, wie die Anregung von Seiten des Betheiligten beschaffen sein und bei welcher Behörde sie vorgebracht werden müsse, erledigt sich einfach, wo das GB. überhaupt [2]) oder für einige der fraglichen Fälle [3]) ein förmliches Anklageverfahren anordnet. Wo bloß eine Anzeige gefordert wird, genügt die einfache Denunziation beim Gerichte selbst oder bei einer Polizeistelle, deren Obliegenheit es ist, die gerichtliche Untersuchung der bei ihr zur Anzeige gekommenen Delikte zu vermitteln [4]). Wo dagegen ein Antrag oder eine Klage verlangt wird, muß jener oder diese beim Gerichte selbst oder der Staatsbehörde [5]), und zwar in der bestimmten Weise gestellt werden, daß auf Bestrafung des Angeschuldigten bestanden werde [6]). Hier ist es dann bei solchen Verbrechen, bei welchen sich im Anfang der Untersuchung nicht übersehen läßt, ob der Fall nicht auf ein nur auf Klage strafbares Delikt sich reduziren wird (z. B. Körperverletzungen) nöthig, daß der Richter bei Zeiten die fragliche bestimmte Erklärung des Betheiligten veranlasse [7]). Stellt sich dann aber im Lauf der Untersuchung wirklich heraus, daß der Fall ein solcher sei, so ist die Untersuchung abzubrechen, wenn der Betheiligte nicht Bestrafung verlangt hat [8]).

6) Eine fernere zweifelhafte Frage ist die, wie der Verzicht beschaffen sein müsse? Sie fällt hinweg, wo gar kein Verzicht auf die einmal gestellte Klage

---

1) Wirt. GB. Art. 134. Hess. Art. 54. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 2. Braunschw. §. 247. Thüring. Strafpr.O. Art. 97 a. E. Oestr. Strafpr.O. §. 189. Bad. §. 394. Nach Schwarze N. Jahrb. 1844. S. 358. 359 soll sich dies auch für das sächs. Recht von selbst verstehen (?). Das sächs. GB. sagt nichts davon, ebensowenig die übrigen. Nach der Regel des preuß. und badischen (bei der „Anzeige", vgl. jed. §. 394) war auch eine solche Bestimmung nicht nöthig. s. übr. Strafpr.O. §. 63. Das Gegentheil ist nach dem bad. Recht angeordnet, wo wahre Anklage stattfindet, Strafpr.O. §. 332. vgl. noch Breidenbach I. 1. S. 663. 664 (ein Vorschlag von zweifelhaftem Werthe. vgl. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 133. nr. 7).

2) Thüring. Strafpr.O. Art. 47. 49. Oestr. §. 37.

3) Bad. Strafpr.O. §. 328. 332.

4) Braunschw. §. 244 (dem allgemeinen Ausdruck zufolge). Nach der bad. Strafpr.O. scheint auch die Anzeige bei dem Gericht od. dem Staatsanwalt gemacht werden zu müssen.

5) Preuß. VO. 3. Jan. 1849. §. 9. vgl. Einf.Ges. Art. XVIII (Schiedsmann).

6) s. bair. Ges. 25. März 1816. Art. 12 (zu Art. 228, wo sogar bloß von Anzeige die Rede ist). Sächs. VO. 27. Nov. 1846. Weiß S. 304 (es genügt jedoch, wenn ein solcher bestimmter Antrag bei der Polizeibehörde gestellt wird. s. auch Entw. Art. 101). Ueber Wirtemb. s. Hufnagel II. 541. 908. III. 185. Ganz abweichend legt Breidenbach I. 2. S. 648. 649 das hess. GB. aus (?). Völlig rathlos läßt das hannövr. GB., das bald von Anzeige, bald von Verlangen, bald von ausdrücklichem Verlangen, bald von einem Antrag spricht; daher die verschiedenen Deutungen bei Zachariä, v. Bothmer, Leonhardt a. a. O.

7) s. die angef. sächs. VO. u. Entw. Art. 102. vgl. übr. Abegg in N. sächs. JB. VIII. 46. 47.

8) Das Gegentheil wurde schon in wirtemb. Gerichten angenommen, damit „nicht das Gericht umsonst sich bemüht habe" (!).

mehr statthaft ist, wie nach dem bair. [1]) und in der Regel nach dem hannövr. Rechte. Nur beim Ehebruche enthält das hannövr. GB. nicht bloß die bereits angef. Ausnahme, sondern auch die weitere Bestimmung, daß ausdrückliche oder stillschweigende Verzeihung das Recht zur Anklage aufhebe [2]). Eben dieses letztere enthalten auch das sächs. und thüring. GB. [3]), die außerdem von einem außergerichtlichen Verzichte, wodurch der Antrag unstatthaft würde, nichts erwähnen. Ebenso verhält es sich mit dem hessischen [4]) und braunschweig. [5]). Auch das preuß. und bad. GB. wissen nichts von einem außergerichtlichen Verzichte, der den Antrag auf Untersuchung unwirksam machen könnte (nur beim Ehebruch macht das bad. eine Ausnahme) [6]). Völlig abweichend verhalten sich dagegen das östr. und wirt. GB. Ersteres sagt ausdrücklich (§. 530), der Betheiligte solle zu dem Ansuchen um Untersuchung und Bestrafung nicht mehr berechtigt sein, wenn er die Handlung ausdrücklich verziehen habe [7]). Noch weiter aber gehen die als angenommen anzusehenden Motive des wirt. Gbs, welche sagen, es verstehe sich von selbst, daß der Verzicht, der im Gesetze an keine Form gebunden sei [8]), mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend [9]) erklärt werden könne [10]). Wenn es nun aber nach den beiden letztern Gbüchern bei allen hierhergehörigen Delikten, nach den meisten übrigen wenigstens beim Ehebruch [11]) vorkommen kann und vorkommt, daß einer gestellten Anklage die Einrede der (ausdrücklichen, resp. stillschweigenden) Verzeihung entgegengesetzt wird, so fragt sich, wo und wie der präjudizielle Streit hierüber zu erledigen sei? Gewiß mit Recht sagen die wirt. Motive: vor dem Strafrichter und mittelst der im Strafverfahren zuläßigen Beweismittel [12]).

7) Die Frage, ob die von dem Betheiligten gegebene Anregung den Richter unbedingt verpflichte, eine Untersuchung zu eröffnen, resp. die Staatsbehörde, die

---

1) Nov. 12. April 1814 (freilich nur auf Art. 228 bezüglich).

2) Art. 258. Was im Fall eines Streites über eine stattgefundene Verzeihung geschehen solle, ist — wie so vieles Andre — mit Stillschweigen übergangen.

3) Sächs. Art. 215. Thüring. Art. 206. vgl. Wächter Abh. I. 268. f. jed. Schaffrath S. 656. 657. Held u. Siebdrat S. 138.

4) Breidenbach I. 2. S. 658. 659. Art. 54. 55. 327.

5) §. 247 ist ausdr. eine Erklärung des Verzichts zu Protokoll verlangt. Beim Ehebruch (§. 188) weicht das GB. von den meisten übrigen ab.

6) §. 351. Goldtammer I. 442. Das preuß. folgt beim Ehebruch dem braunschw. Ueber die Verzeihung beim Ehebruch vgl. Wächter Abh. I. 350—353.

7) Hievon ist auch beim Ehebruch §. 503 eine Ausnahme nicht gemacht. Der bair. Entw. Art. 66 läßt nur ausdrücklich vor Gericht erklärten Verzicht zu.

8) Wenn Hufnagel I. 323 übrigens sogar einem stillschweigenden Verzichte auf die bereits angestellte Klage das Wort redet, so ist dies wohl in keiner Weise begründet. vgl. Schaffrath S. 656. 657.

9) s. hierüber Hufnagel I. 322. **

10) d. h. nach verübtem Delikt. vgl. l. 4 D. de pact. (2. 14).

11) Nach gem. Rechte würde derselbe Fall auch bei Injurien praktisch sein. Wächter Lb. II. §. 158. n. 5.

12) A. M. Hepp Komm. II. 4. n. 7 (!). s. übr. auch die — indessen hier nicht praktisch bedeutenden — braunschw. Motive b. Brehm. S. 292 unt. 293. Die übrigen Gbücher geben über die Frage meist keine Auskunft. s. jed. Oestr. Strafpr.O. §. 37. 64. 65. Thüring. Strafpr.O. Art. 49. 99. 100. Bad. Strafpr.O. §. 55. 62. 67. 338 (wohl nicht genügend). Hufnagel I. 322. 324. III. 188. 189.

Klage anzustellen, ist zu verneinen [1]). Anders natürlich, wo der Betheiligte selbst förmlich als Privatankläger aufzutreten angewiesen ist [2]).

8) Daß im Falle der Zurücknahme eines auf Untersuchung und Bestrafung gestellten Antrags der Verzichtende die Kosten zu bezahlen schuldig sei, wurde mehrfach anerkannt [3]).

9) Eine in den neuen Gbüchern übersehene Frage ist die: wie ein für Geld geleisteter Verzicht auf die Klage rechtlich zu beurtheilen sei [4]). Die röm. Grundsätze über Privatdelikte [5]) sind, wie überhaupt, so auch in dieser Frage auf die hier in Rede stehenden Verbrechen nicht anwendbar; ebensowenig aber die (ohnedies theilweise unklaren und unvollständigen) über das Loskaufen von einer beabsichtigten accusatio [6]). Um so mehr wäre zu wünschen gewesen, daß die neuere Gesetzgebung dem hier so leicht möglichen niederträchtigen Schacher vorgebeugt hätte. Ein solcher kann aber in der That jetzt nicht für strafbar angesehen werden, es wäre denn, daß im konkreten Falle der Thatbestand einer Erpressung sich nachweisen ließe. Zwar wird ein solcher Vergleich civilrechtlich stets als ein pactum turpe zu behandeln sein [7]); allein strafrechtlich behält er die Wirkung eines erlaubten Verzichts, wogegen natürlich bei ex off. zu untersuchenden Delikten [8]) ein solcher Vergleich die richterliche Einschreitung nicht hindern kann. Indessen ist eine Uebereinkunft über den Schadensersatz mit einem solchen Vergleiche nicht zu verwechseln; ebensowenig eine Verständigung mit dem Thäter über die Tragung der Kosten im Falle der Zurücknahme der Klage [9]).

---

1) Weiß S. 304. vgl. N. Jahrb. 1845. S. 428. Hufnagel III. 185 (OTrib. u. Just.-Min.). In Baiern, Hannover, Braunschweig, Hessen scheinen Bestimmungen hierüber zu fehlen. s. dag. Preuß. VO. 3. Jan. 1849. §. 9. Bad. Strafpr.O. §. 55. 67.

2) Preuß. GB. §. 160. 189. 343. Bad. Strafpr.O. §. 332. Thüring. Strafpr.O. Art. 47. 49. Oestr. Strafpr.O. §. 37.

3) Sächs. Ges. 8. Febr. 1834. Art. 23. Weiß S. 305. vgl. N. Jahrb. 1844. S. 358. 1845. S. 428. 429. Held u. Siebdrat S. 138. — Hufnagel III. 191. Breidenbach I. 2. S. 661—663. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 2. Anderer Ansicht ist man in Braunschweig s. Breym. S. 321. vgl. dag. thüring. Strafpr.O. Art. 361, 3. östr. Strafpr.O. §. 342. u. bad. §. 357 (wo jedoch bloß vom Ankläger die Rede ist). Sehr mangelhaft ist in der Kostenfrage überhaupt das preuß. Recht. s. Frantz preuß. Strafpr. S. 289 f. In Baiern u. Hannover ist die vorliegende Frage nur sehr wenig praktisch.

4) s. bes. Hufnagel I. 324—330. II. 908. 909. III. 186—188. 383—389. vgl. Steck u. Sarwey Mon.schr. VIII. 13. Breidenbach I. 2. S. 660. 661.

5) l. 7 §. 7. 14. l. 27 §. 4 D. de pact. (2. 14). l. 54 §. 4 D. de furt. (47. 2). l. 4 §. 4. 5. l. 5. 6 §. 3. 4 D. de his qui not. (3. 2).

6) Glück V. §. 353. XIII. §. 825. 826. Sie beruhen auf dem röm. Anklageverfahren und hängen theilweise mit Bestimmungen über jetzt unpraktische Verbrechen zusammen. Platner quaest. p. 114—118. Heffter §. 195. 403. 405. 656.

7) s. hierüber und bes. über die Frage, wann das Gegebene der Armenkasse zufalle (Wirt. Ges. üb. d. privatrechtl. Folgen. Art. 21), Hufnagel a. a. O.

8) Wäre hier der Geldempfänger ein zur Anzeige verpflichteter öffentlicher Diener, so läge Bestechung vor, desgleichen für den Verletzten oder einen andern Privaten strafbare Begünstigung, wo (wie z. B. nach sächs. GB. Art. 40) die Nichtanzeige unter gewissen Umständen hiefür erklärt ist. Nach dem wirt. Ges. 13. August 1849. Art. 16 fällt Letzteres weg. Hiernach ist Hufnagel zu ergänzen. — vgl. auch das östr. bürg. GB. §. 1384.

9) Weiß S. 305. Breidenbach I. 1. S. 661. vgl. sächs. Entw. Art.

10) In der Regel ist unter dem Betheiligten der unmittelbar Verletzte zu verstehen. Ausnahmsweise wird jedoch das Klagerecht auch andern Personen, oder Behörden, zum Theil selbst gegen den Willen des Verletzten zugestanden. Nicht unter diese Ausnahmen gehört das Klagerecht der rechtlichen Vertreter im Fall der Entführung einer freiwillig folgenden Person, da hier die Familie selbst die unmittelbar Verletzte ist [1]). Im Grunde auch nicht das der vorgesetzten Behörden bei der Amtsehrenbeleidigung, da jene eben nur das beleidigte Amt selbst vertreten. Wohl aber, wenn bei Nothzucht, Verführung zur Unzucht, betrüglicher Verleitung zur Ehe, zur Verschwendung u. dergl. den rechtlichen Vertretern ein solches Recht eingeräumt wird [2]). — Für Unmündige und Geisteskranke muß natürlich das Recht der Klage wie des Verzichts von ihren Vertretern ausgeübt werden [3]). Bei Minderjährigen kann es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gleichfalls nicht bezweifelt werden, daß neben und für sie diese Vertreter auftreten können; indessen ist es ganz am Platze, wenn das Recht der letzteren, auch gegen den Willen des Verletzten zu handeln, wenigstens auf bestimmte Fälle beschränkt wird [4]). Dagegen läßt es sich nicht rechtfertigen, wenn allgemein bestimmt wird, daß im Fall der Krankheit oder Abwesenheit anstatt solcher Minderjährigen und statt Volljähriger ihre rechtlichen Vertreter zur Klage ꝛc. berechtigt sein sollen [5]), da hierin eine willkührliche Beschränkung solcher Personen liegt. Nur wenn es sich um ein Verbrechen gegen die Vermögensrechte eines unter Kuratel stehenden Verschwenders handelt, ist es gerechtfertigt, das Recht zu Klage und Verzicht selbst gegen seinen Willen seinem Vertreter einzuräumen [6]). In dem Fall, wenn

---

103 a. E. 104. Ueber den Fall, wenn der Ehemann für Nichtanzeige eines Ehebruchs Geld nimmt, s. Hufnagel I. 328. 329 Note. II. 273. 274. vgl. Wächter Abh. I. 126. n. 66. u. S. 383.

1) Sächs. GB. Art. 149. 150. 153. Preuß. GB. §. 209. Ebenso bei der Verleitung von Minderjährigen. Wirt. GB. Art. 372. Hess. Art. 300. Sächs. Art. 263.

2) s. Wirt. GB. Art. 300. 373. 374. Bad. §. 338. 361. Sächs. Art. 264. 265. 266. Braunschw. §. 245. Hess. Art. 401. A. M. Roßtäuscher in den N. sächs. JB. VI. 238.

3) Wirt. GB. Art. 137. Braunschw. §. 245. Thüring. Art. 297 j. Strafpr.O. Art. 48. vgl. jedoch Weiß S. 309 — 311, wornach in Sachsen verschiedene Ansichten sich geltend machten, u. bes. Roßtäuscher a. a. O. S. 236 f. (dessen Vorschläge jedoch nicht durchaus praktisch sind). Held u. Siebdrat sächs. GB. S. 138. Schaffrath S. 658. 659 (?).

4) A. M. Breidenbach I. 1. S. 654. u. das preuß. GB. §. 54. s. dag. wirt. GB. Art. 137, 2. braunschw. §. 245, 2. sächs., bad. GB. a. a. O. Umgekehrt läßt die thüring. Strafpr.O. Art. 48, wenn der Verletzte 16 J. alt ist, die Vertreter nicht gegen seinen Willen handeln. Der sächs. Entw. Art. 97 läßt für eine vom Ehemann verletzte minderj. Ehefrau ihre Vertreter nicht zu (vgl. Weiß S. 308). Mit der hier im Texte geltend gemachten Ansicht stimmt auch die bei Weiß S. 310. 311 angef. Ausführung, sowie Roßtäuscher überein. Das wirt. u. thüring. Ges. nehmen das 16te, das braunschw. u. der sächs. Entw. das 14te Jahr als Unterscheidungsjahr an. Breidenbach u. das sächs. Gericht bei Weiß das 12te, Roßtäuscher das 12te, resp. 18te. Leonhardt I. 325. n. 6. wendet auf das hannövr. GB. einfach die von Breidenbach vorgetragene Ansicht an (?).

5) Wirt. u. Braunschw. GB. a. a. O. s. dag. Hufnagel I. 336. 337. Breidenbach I. 1. S. 653. vgl. übrigens noch Hufnagel II. 542. Das bad. GB. §. 315. 316. drückt sich unklar aus.

6) Sächs. Entw. Art. 98. Noch weiter geht das hess. GB. Art. 401.

das Verbrechen von den rechtlichen Vertretern selbst verübt ist, bestimmen mehrere Gbücher theils allgemein [1]), theils wenigstens bei bestimmten einzelnen Delikten [2]), daß das Verfahren ex off. eintreten soll, während nach andrer Ansicht hier der Obervormund einzutreten, resp. das Gericht einen andern Vormund zu bestellen hat [3]). — Mit dem Recht, als gesetzlicher Vertreter einer Person zu klagen und zu verzichten, ist natürlich das Recht derjenigen nicht zu verwechseln, welche durch das Delikt mittelbar mitverletzt und als solche zur Anstellung der Klage oder Zurücknahme derselben selbständig befugt sind [4]).

11) Das Recht zu klagen und zu verzichten ist ein persönliches und geht nicht auf die Erben über [5]). Wo der Begriff der mittelbaren Injurie anerkannt ist, könnte die Frage entstehen, ob nicht die mittelbar Verletzten die von dem Verstorbenen angebrachte Klage fortsetzen, resp. auf sie verzichten dürfen? Sie ist jedoch zu verneinen, weil denselben das Recht selbständig zusteht, mithin unabhängig von dem Rechte des unmittelbar Beleidigten, daher sie auch nicht in dieses eintreten können [6]). Dagegen geht allerdings die actio injur. aestimatoria, wo sie noch zugelassen ist, nach der Litiskontestation aktiv und passiv auf die Erben über [7]). — Uebrigens geben die meisten neueren Gbücher den Erben das Recht, wegen einer gegen den Verstorbenen erst nach seinem Tode verübten Ehrenkränkung oder Verläumdung Klage zu erheben (s. den bes. Theil).

12) In einige neuen Gesetzbücher ist der Grundsatz übergegangen, daß, wenn Mehrere an einem Verbrechen Theil genommen haben, die gegen Einen Theilnehmer erhobene Klage auch gegen die Andern gelten und der hinsichtlich Eines derselben erklärte Verzicht auf die Klage auch in Betreff der Uebrigen wirken soll [8]). Andre sprechen nur den ersten [9]), andre nur den zweiten [10]) Theil des

1) Wirt. GB. a. a. O. Abgelehnt in Sachsen. Weiß S. 308.

2) s. z. B. Hess. GB. Art. 272. Bad. §. 361. Braunschw. §. 245.

3) Weiß S. 311. Breidenbach S. 655. Hufnagel I. 337. Mit Unrecht will aber dieser, daß es in Wirt. so gehalten werden solle. Das GB. sagt klar das Gegentheil und hat auch seinen guten Grund dazu; es will, daß ein rechtlicher Vertreter im Falle einer so großen Pflichtverletzung schlechthin bestraft werden soll. Uebrigens ist der Ausdruck des GBs viel zu allgemein; es würde darnach streng genommen jeder Ehebruch des Ehemanns ex off. zu untersuchen sein! s. auch Schaffrath S. 659.

4) Hufnagel III. 186. Weiß S. 552 ob. A. M. Schaffrath S. 659. s. aber auch v. Hartitzsch S. 330. Preuß. GB. §. 162. Hannövr. Art. 269. Braunschw. §. 245. Thüring. Art. 193.

5) Weiß S. 305. Hufnagel III. 185. 186. Breidenbach I. 1. S. 660. n. 11 (dessen Zweifel hins. des Art. 321 unmotivirt erscheint).

6) A. M. Hufnagel a. a. O. s. dag. Beseler S. 205. 206. 333. 334. vgl. 336 (GB. §. 51. 162). vgl. l. 1 §. 3. 5. 9 D. de injur. (47. 10). Das bad. GB., obgleich es den Begriff der mittelb. Injurie verwirft, giebt den Vertretern des Beleidigten das Recht, die Klage nach seinem Tode fortzusetzen, ja sogar erst zu erheben §. 316.

7) Ebenso natürlich die im Wirt. Ges. üb. privatrechtl. Folgen Art. 18 gegebene Civilklage. s. das Nähere bei der Lehre von den Injurien.

8) Wirt. GB. Art. 136. Hess. Art. 56. Thüring. Strafpr.O. Art. 47. 97. Braunschw. GB. §. 246. 247, 1.

9) Preuß. §. 52. Goldtammer I. 443. vgl. §. 160. 189. 343. Merkwürdig die früheren Bhdl. Goldtammer I. 388 ff.

10) Bair. Entw. Art. 67.

Satzes aus, während wieder andre gar nichts über die Frage sagen [1]). — Die Gründe jener Bestimmung sind aber sehr zweifelhaften Werths. Der Behauptung [2]), daß sie nur eine Konsequenz der ganzen ratio legis für die Ausschließung der Untersuchung ex off. in den fraglichen Fällen sei, steht entgegen, daß es sich mit dieser doch in manchen Fällen gar wohl verträgt, wenn der Beleidigte einen ihm Nahestehenden, dessen Bestrafung ihn mitkränken würde, schonen, dagegen in Beziehung auf andre Theilnehmer eine solche Schonung nicht eintreten lassen will, — wie er denn ja auch (s. unten) in vielen solchen Fällen durch Unterlassung der Klage oder Verzicht hinsichtlich des ihm nahestehenden Urhebers die offizielle Verfolgung fremder Theilnehmer nicht hindern kann. Eben dieses Letztere steht auch der Behauptung [3]) entgegen, daß die ungleiche Behandlung der Theilnehmer gegen das Prinzip der Gerechtigkeit sein, das Rechtsgefühl verwirren, die Gerichte in den Fall setzen würde, auf eine unvollständige Untersuchung hin zu urtheilen, — man müßte denn die Anomalie noch weiter treiben, und auch die fremden Theilnehmer unter die Bedingung der Klage und des Verzichts stellen. Wenn endlich gesagt wird, in der Theilbarkeit des Strafantrags läge die Anerkennung einer reinen Willkührgewalt des Verletzten, so ist dies allerdings nicht zu läugnen; nur freilich ist ebensowenig in Abrede zu ziehen, daß derselbe Vorwurf dieses ganze Institut der Klage und des Verzichts überhaupt trifft. — Vor Allem sind nun diejenigen Fälle auszuscheiden, welche hierher gar nicht gehören, und zwar theils der Fall, wenn durch Ein solches Delikt Mehrere unmittelbar oder mittelbar beschädigt sind; hier bestehen die Rechte dieser auf Klage und Verzicht selbständig neben einander [4]); theils der Fall, wenn mehrere Personen nicht Ein, sondern mehrere, wenn gleich zusammenhängende Delikte der fraglichen Art begangen haben [5]). — Sieht man sofort den Grundsatz selbst näher an, so erheben sich nothwendig Schwierigkeiten [6]), schon wo es sich nur von Einem Klagberechtigten

1) Bair., hannövr., sächs., bad., östr. GB. In Sachsen wird der gegentheilige Satz angenommen. Weiß S. 312 (mit einer Modifik. bei Entführung und Ehebruch. s. indessen N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 131. u. Held u. Siebdrat S. 137. vgl. Wächter Abh. I. 345—354). Neuer Entw. Art. 100. Auch in Hannover bewirkt die überhaupt auch nach erhobener Klage dem schuldigen Ehegatten gewährte ausdrückliche Verzeihung den Wegfall der Untersuchung und Bestrafung im Ganzen. Ebenso in Oestr. u. Baden; nur, wenn das Straferk. schon gefällt ist, wirkt die Verzeihung nicht auch auf den Mitschuldigen.

2) Hufnagel I. 333. 334. s. dag. Breidenbach I. 1. S. 668. 669 (indessen sehr oberflächlich). Beseler S. 206 (wenigstens in Bez. auf Injurien). Mot. z. sächs. Entw. Art. 100. Bair. Nov. 12. April 1814.

3) Schwarze im N. Arch. 1843. Beil.-H. S. 67. 68. Mot. z. bair. Entw. Großentheils willkührlich sind die von Zachariä im N. Arch. 1847. S. 405—408 auf den Grund seiner beliebig aufgestellten Eintheilung der fraglichen Delikte gemachten Unterscheidungen, die auch von keiner der neueren Gesetzgebungen gebilligt sind. s. zwar preuß. Rev. 1845, vgl. aber die Ausführung b. Goldtammer I. 390.

4) Preuß. GB. §. 51. 162. Thüring. GB. Art. 70. z. 193. Hufnagel I. 684. III. 652. Zachariä a. a. O. S. 408. Schwarze a. a. O. S. 67. n. 87. Eigenthümliche Schwierigkeiten ergeben sich beim doppelten Ehebruch. s. u.

5) Hufnagel I. 681. 682.

6) Davon scheinen Breidenbach I. 1. S. 668. 669, Beseler S. 206 rc. nichts zu ahnen. Hufnagel hat darüber nacheinander verschiedene Ansichten aufgestellt. I. 679—682. III. 192—194. 652—654. Strafgb. m. Anm. S. 136. nr. 6—8.

handelt. a) Dieser kann im Rechtsirrthum nur gegen Einen klagen, während er gegen Andre keine Untersuchung eröffnet haben will; ebenso gegen Einen verzichten, nachdem er gegen Mehrere geklagt hat. Unfehlbar ist es Sache des Richters oder des Staatsanwalts, wenn ein solcher Irrthum zu vermuthen ist, den Verletzten auf das Gesetz aufmerksam zu machen und eine diesem entsprechende Erklärung zu fordern [1]). Wenn nun aber derselbe auf seiner dem Gesetz widersprechenden Erklärung beharrt, was soll geschehen? Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen muß die Klage gleichwohl als gegen Alle angestellt [2]), resp. der Verzicht als zu Gunsten Aller vorgebracht [3]) gelten [4]). b) Gesetzt nun aber, der Verletzte habe im Rechtsirrthum geklagt, resp. verzichtet, ohne daß man darauf aufmerksam wurde, und es stelle sich hinterher sein Irrthum heraus, so kann man nicht sagen [5]), dieser Irrthum sei als Rechtsirrthum nicht zu beachten und es sei daher nach dem Buchstaben des Gesetzes zu verfahren. Vielmehr darf hier allerdings der Richter eine erweislich irrige Willenserklärung nicht befolgen [6]). Stellt sich also nachträglich heraus, daß der Kläger, wenn er das Gesetz gekannt hätte, dem einen oder andern Theilnehmer am Delikt zuliebe gar nicht geklagt haben würde, so ist sofort das ganze Verfahren abzubrechen. Ebenso, wenn er auch jetzt auf einer getheilten Erklärung beharren sollte [7]), — hier jedoch nur dann, wenn die Frist für den Verzicht noch nicht abgelaufen ist; wäre diese schon abgelaufen, so ist seine nachträgliche Erklärung als eine dem Gesetz widersprechende nicht zu beachten und nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes das Verfahren gegen alle Theilnehmer fortzusetzen (wie zu a). Hat dagegen umgekehrt der Kläger die erhobene Klage nur gegen Einen zurückgenommen, während er die Absicht hatte, sie gegen die Uebrigen bestehen zu lassen, so wird sein Irrthum sich auf der Stelle aufklären, da nach dem Gesetz sofort das ganze Verfahren abgebrochen werden muß; er muß also sogleich entweder den isolirten Verzicht zurücknehmen, oder die ganze Klage zurücknehmen. Würde er auf der getheilten Erklärung beharren, so wäre (wie ad a) das ganze Verfahren wegen

---

1) Hufnagel I. 679. III. 653 unten. Nach dem Buchstaben der betr. gesetzlichen Bestimmungen ist es freilich nicht nöthig, umsomehr aber nach dem Geiste des ganzen Instituts.

2) Wirt. GB. Art. 136. Hess. Art. 56. Braunschw. §. 246, 1. Thüring. Strafpr.O. Art. 47, 2, und ganz besonders Preuß. GB. §. 51. Der bair. Entw. Art. 67, 2 läßt hier den Richter rathlos!

3) Hier stimmt der bair. Entw. mit den übrigen Gbüchern (wirt., hess. a. a. O. braunschw. §. 247, 1. thüring. Strafpr.O. Art. 97, 4) überein, wogegen das preuß. GB. sich nicht bestimmt ausspricht (Goldtammer I. 443 nimmt aber hier die Regel der Untheilbarkeit an, außer in den Fällen der §. 160. 189. 343. vgl. §. 140). Auch das braunschw. GB. scheint hins. des Straferlasses bei Injurien §. 247, 4 Theilbarkeit des Verzichts anzunehmen.

4) A. M. Hufnagel III. 192. 193 (gegen I. 679. 680), welcher meint, es sei solchen Falls die Klage, resp. der Verzicht als unstatthaft zurückzuweisen. Auch sprechen hiefür gute Gründe, woraus indessen nur eben der zweifelhafte Werth der ganzen Vorschrift erhellt.

5) so Hufnagel I. 680.

6) Insoweit hat Hufnagel III. 193 Recht. arg. l. 15 D. de jurisdict. (2. 1).

7) Denn hier tritt der 2te Satz des Wirt. Art. 136. Hess. Art. 56 2c. ein, sc. daß auf eine erhobene Anklage zu Gunsten Eines Theilnehmers verzichtet wird, der Verzicht aber auf die übrigen mitwirkt.

Verzichts abzubrechen [1]). c) Nach dem wirtemb. StB. kann noch eine weitere Verwicklung infolge der Zuläßigkeit außergerichtlicher Verzichte entstehen [2]). Der Verletzte kann eine Klage gegen A erheben, infolge deren auch B. C vor Gericht gezogen werden, es zeigt sich aber nun, daß er gegen diese vor oder nach erhobener Klage außergerichtlich verzichtet hat. In beiden Fällen muß der Verzicht wirken, im ersten deshalb, weil B und C ein Recht erworben haben, nicht verklagt werden zu dürfen, mithin die Erhebung der Klage in Gemäßheit des Art. 136 unstatthaft ist [3]), im zweiten einfach nach dem Wortlaut dieses Art. Dasselbe muß aber auch in dem Fall behauptet werden, wenn die Untersuchung gegen A schon soweit vorgeschritten war, daß nach Art. 135 kein Verzicht mehr zuläßig erschien, — jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Verzicht gegen B und C vor diesem Zeitpunkt erfolgt ist. In diesem Fall war entweder, wie vorhin, schon die Klage unstatthaft (mithin auch das darauf gefolgte Verfahren gesetzlich ungiltig) oder es trat der Art. 136 Satz 2 ein. Erfolgte dagegen der Verzicht gegen B und C erst, nachdem gegen A ein Verzicht nicht mehr zuläßig war, so konnten B und C keine Rechte aus einer nach Art. 136, Satz 1 ungiltigen Handlung erwerben; das Verfahren ist also gegen Alle fortzusetzen [4]). — d) Besondere Schwierigkeiten entstehen ferner in einem Falle, wo zwei Klagberechtigte kollidiren, — beim doppelten Ehebruch [5]). Ganz einfach sind natürlich die Fälle, wenn beide unschuldigen Gatten gegen beide schuldigen klagen oder nicht klagen. Haben beide ihren schuldigen Gatten verziehen, so ist auch ihre Klage gegen die Mitschuldigen unstatthaft. Klagen beide gegen ihre schuldigen Gatten, so müssen diese beiden nach einigen Gbüchern [6]) gestraft werden, während nach andern auch die den Mitschuldigen ertheilte Verzeihung die Klage unwirksam macht [7]). Wie nun aber, wenn von den unschuldigen Gatten der eine klagt, der andre dagegen nicht klagt oder die Klage wieder zurücknimmt? Mehrere Gesetzgebungen lassen sich auf die Frage gar nicht ein, wie die von Oestreich, Baiern, Hannover, Wirtem-

---

1) Hiernach ist die spätere Ansicht von Hufnagel III. 193 durchaus irrig; die frühere I. 680 kommt theilweise auf das richtige Resultat, aber aus unstichhaltigen Gründen. Noch kann übrigens die Frage aufgeworfen werden: wie ist es zu halten, wenn der Kläger gegenüber von einem, resp. allen bisher bekannten Theilnehmern verzichtet hat, und es wird ihm nunmehr erst außergerichtlich ein weiterer Theilnehmer bekannt, und zwar ein solcher, von dem er erklärt, daß, wenn er von ihm früher Kunde gehabt hätte, er niemals die Klage zurückgenommen haben würde?

2) Dasselbe wäre nach dem östr. StB. der Fall, wenn es eine dem Art. 136 entsprechende Bestimmung hätte. Fast allgemein kommt es beim Ehebruch vor, ist hier aber überall ausdrücklich gesetzlich entschieden.

3) Ebenso Hufnagel I. 680. 681. III. 193. 194.

4) Hiernach sind beide Entscheidungen von Hufnagel a. a. O., der die Fälle sich nicht klar gemacht hat, unrichtig.

5) s. auch Wächter Abh. I. 346. 347. 352.

6) Preuß. StB. §. 140. Hannövr. Art. 259 (s. aber Art. 258, wo von Verzeihung schlechthin die Rede ist!). Bad. §. 351 (s. aber §. 352, gerade das Umgekehrte der hannövr. Bestimmung). vgl. Sächs. Ges. 8. Febr. 1834. Art. 23. nr. 4. Wächter Abh. I. 352.

7) Wirt. StB. (zwar nicht nach Art. 306, dagegen nach der allgemeinen Auffassung des Verzichts s. Anm. 6). Ganz allgemein von Verzeihung reden das sächs. StB. Art. 215. A. M. v. Hartitzsch S. 344. Hess. Art. 327. Thüring. Art. 206. Oestr. §. 503. vgl. Hannövr. StB. Art. 258.

berg, Hessen. Ziemlich unklar war sie in dem sächs. Ges. 8. Febr. 1834. Art. 23, 4 entschieden [1]). Daher entstanden sehr verschiedene Ansichten über die Behandlung des Falls: Nach der einen [2]) soll hier gar nicht gestraft werden können, weil die Verzeihung des einen unschuldigen Gatten auch auf den Mitschuldigen wirken müsse, und nach dem Grundsatz in dub. in mitius die Verzeihung mehr gelten müsse, als die Klage des andern unschuldigen Gatten [3]). Nach einer andern sollen beide Schuldigen gestraft werden, weil in pari causa das Recht zu klagen das stärkere sei [4]). Nach einer dritten soll der durch Verzeihung seines Gatten gedeckte Schuldige straflos gelassen und nur der Gatte des Klagenden bestraft werden [5]). Alle diese Ansichten sind unrichtig, die zweite wenigstens in der Begründung. Die erste wendet den Grundsatz: in dubio etc. auf eine ganz ungehörige Weise an, da er höchstens gebraucht werden könnte, wenn es sich davon handelte, ob Klage oder Verzicht von Seiten desselben Klagberechtigten den Vorzug haben solle [6]). Die dritte ist ganz und gar falsch; sie stößt den im Art. 136 des wirt., 56 des hess. Gbs rc. ausgesprochenen Grundsatz geradezu über den Haufen. Aus der Bestimmung über die Verzeihung des unschuldigen Gatten (Wirt. Art. 306. Hessen 327 rc. rc.) folgt nur, daß der durch Verzeihung Gedeckte von seinem Gatten nicht mehr verklagt (oder durch Klage gegen den Mitschuldigen in Untersuchung verwickelt) werden darf, nicht aber, daß deshalb auch für den andern unschuldigen Gatten die Sache als abgemacht erscheinen müßte [7]). Es ist daher nur die zweite Ansicht [8]) richtig, aber nicht deshalb, weil in pari causa das Klagerecht das stärkere wäre. Im Gegentheil müßte gegenüber dieser Begründung die erste den Vorzug erhalten. Es fragt sich nicht: soll dieser Ehebruch überhaupt bestraft werden? und gilt hier mehr die Klage des A oder die Verzeihung des B? Sondern es sind hier nach der Auffassung der neuen Gbücher zwei Verbrechen vorhanden, eines gegen den A und eines gegen den B. Das gegen den B ist nun allerdings durch Verzeihung getilgt. Allein die Einwendung, daß B verziehen habe, berührt das Klagerecht des A durchaus nicht. Dieser könnte mit seiner Klage nur dann abgewiesen werden, wenn ihm nachzuweisen wäre, daß er einem der Mitschuldigen verziehen habe [9]). e) Endlich ent-

---

1) Die Auslegung von Wächter Abh. I. 346. 347. 352 entspricht dem Gesetze nicht ganz.

2) Hufnagel I. 683.

3) Diesen letzten Grund läßt Wächter S. 346. 347 in seiner Widerlegung unberührt, daher sie nicht ausreicht.

4) Hufnagel I. 335. 682 (OTrib. früher).

5) Hufnagel I. 682—684. II. 270. 542 (OTrib. später). Auch H. hat mit dem OTrib. seine Ansicht gewechselt, ist aber später abermals andrer Ansicht geworden (und mit Recht). Strafgb. m. Anm. S. 136. not. 4.

6) Gleichwohl liegt diese Ansicht dem preuß. GB. §. 140, 1 zu Grunde.

7) Dennoch hat diese Ansicht in Braunschw. Gesetzeskraft erhalten §. 188, 3.

8) Dieser pflichtet auch Wächter a. a. O. bei. Mit Unrecht will er aber hier die Strafe des doppelten Ehebruchs, wenn auch gemildert, angewandt wissen. Nach dem im Text Ausgef. liegt hier für das Gericht nur ein einfacher Ehebruch vor, da der andere Theil des doppelten durch Verzeihung aufgehoben ist. Daher hat Stübel in seinem Entw. §. 651 ganz Recht.

9) Die richtige Ansicht ist aufgenommen im sächs. GB. Art. 215, 1, bad. §. 350, thüring. Art. 206.

steht die wichtige Frage, wie sich die fragliche Bestimmung zu den Fällen verhalte, wo neben einem Theilnehmer, gegen welchen vermöge seiner persönlichen Verhältnisse zum Verletzten nur auf Klage eingeschritten werden darf, andre Theilnehmer stehen, die sich nicht in solchen Verhältnissen befinden (wie namentlich beim Familiendiebstahl). Nach der richtigen Ansicht (§. 93. Anm. 4. §. 99. Anm. 4 a. E.) ist hier gegen die letzteren unabhängig von dem Klage- und Verzichtsrecht des Verletzten ex officio [1]) einzuschreiten, gleichviel von welcher Art der Theilnahme es sich handelt. Nach der herrschenden Ansicht ist wohl anzunehmen, daß in Beziehung auf Urheber, Anstifter und Miturheber die Meisten das Richtige anerkennen werden. Dagegen müssen alle, welche der Beihilfe (resp. Begünstigung) eine schlechthin accessorische Natur zuschreiben [2]), bei dieser andrer Ansicht sein, d. h. sie müssen, wenn der Gehilfe ein Fremder ist, auch diesen unter die Bedingung von Klage und Verzicht stellen, dagegen, wenn der Urheber ein Fremder und der Gehilfe ein Nahestehender ist, auch gegen diesen ex off. verfahren lassen [3]). Auch die neuen Gbücher sind in diesem Punkte größtentheils mangelhaft. Es ist zunächst klar, daß die betr. Frage sich je nach der Auffassung der Lehre von der generellen und speziellen Theilnahme entscheiden muß. Allein theils fehlt es manchmal an einer Bestimmung über jene Lehre überhaupt [4]) oder wenigstens einer richtigen [5]) oder erschöpfenden [6]), theils wird, wo dies nicht der Fall ist, jene Konsequenz verkannt [7]). Nach wirt. GB. Art. 74. 87 mußte für Anstiftung und Miturheberschaft die richtige, für Beihilfe die vorgedachte falsche Entscheidung gegeben werden [8]). Wie aber die abstrakte Durchführung der accessorischen Eigenschaft der Beihilfe überhaupt zu den fatalsten Verwirrungen führt, so auch hier, z. B. in dem Fall, wenn ein Haussohn und Dienstknecht als Miturheber stehlen und einen extraneus zum Gehilfen haben [9]). Die gleiche Entscheidung scheint gemäß der Auffassung jener Vorfrage nach dem hess. GB. gegeben werden zu müssen [10]) (?). Dasselbe schiene nach dem bad. §. 119 j. 136.

---

1) Zachariä im N. Arch. 1847. S. 406. 407, der jedoch es für legislativ richtiger hält, die extranei, wenn sie bloß Gehilfen od. Begünstiger seien, nur auf Klage bestrafen zu lassen. Ebenso der sächs. Entw. Art. 100, 2. vgl. die Mot. Die Frage wird meist mit Stillschweigen übergangen, selbst in Monographieen über die Theilnahme am Verbrechen, wie von Berner, F. Roßhirt N. Arch. 1851. 1852 ꝛc.

2) wie Konopak, Bauer, Luden, Kitka, Berner u. A.

3) Wieder ein Beweis der inneren Verkehrtheit jener Ansicht.

4) Wie im hess. u. hannövr. GB.

5) So im östr., preuß., relativ im wirt., bad.

6) Wie im bair., sächs., thüring. GB.

7) so im braunschw. GB. u. bair. Entw.

8) Hufnagel I. 180. Note. II. 446. III. 450 (hier ist zu allgemein von Theilnehmern überhaupt die Rede, während in der erstangef. Stelle richtig angegeben ist, daß die Bestimmung nicht im Art. 136 liege, daher sie nur aus dem Art. 87 folgen kann, der sich anerkanntermaßen nur auf Gehilfen u. Begünstiger bezieht. vgl. I. 622. II. 446. Note. s. auch Strafgb. m. Anm. S. 494. — Ebenso nach dem sächs. Entw. — Nach Ges. 13. Aug. 1849. Art. 16 ist indessen für Wirt. die Frage eine offene.

9) Nach dem sächs. Entw. Art. 100. j. 54 (vgl. Mot. z. Art. 100) wäre hier gegen den fremden Gehilfen ex off. einzuschreiten.

10) Wenigstens nach Breidenbach's Auslegung, die jedoch keinen sichern Halt giebt. Ganz willkührlich und verworren ist I. 2. S. 259. 260. Das GB. selbst hat

137. die Konsequenz zu fordern [1]). Allein das GB. entscheidet den fraglichen Fall für fremde Theilnehmer überhaupt dahin, daß auch gegen sie in den Fällen der §. 389—391 nur auf Anzeige eingeschritten werden soll, wobei es jedoch dem Anzeigeberechtigten bei §. 389. 390 freigestellt ist, den Antrag gegen die fremden Theilnehmer allein zu richten [2]). Keinen irgend zuverläßigen Anhalt geben dagegen das bair. und hannövr. [3]) GB.; doch ist in Baiern durch die Nov. 12. Apr. 1814 festgesetzt worden, daß auch gegen einen fremden Theilnehmer an einem Familiendiebstahl nicht ex off. eingeschritten werden könne [4]). Das braunschw. GB. enthält zwar über die generelle und spezielle Theilnahme ganz das Richtige (§. 54), entscheidet dagegen die vorliegende Frage ebenso wie das badische [5]). In Sachsen fehlen gesetzliche Bestimmungen. Es scheint jedoch die Praxis bei gleicher Theilnahme Verfahren ex off. gegen den fremden Theilnehmer anzunehmen, bei ungleicher dagegen es dem Verletzten freizustellen, ob er gegen den extraneus klagen wolle oder nicht, gleichviel ob er dem Urheber verzeihe oder nicht verzeihe [6]). Im östr. GB. herrscht hinsichtlich der Vorfrage ziemliche Verwirrung; über die vorliegende Frage ist keine eigene Bestimmung gegeben; dagegen läßt sich aus §. 5, 2 die richtige Entscheidung derselben folgern. Ausdrücklich ist diese gegeben im preuß. GB. §. 228. 229 [7]), und noch deutlicher in der thüring. Strafproz.O. Art. 50.

---

jedoch keine dem wirt. Art. 87 entsprechende Bestimmung, und weist beim Fam.-Diebstahl daher auch auf keine solche zurück, wie der wirt. Art. 339. Da man nun beim hess. Art. 56 sowenig als beim wirt. Art. 136 (Hufn. I. 180. Note) an fremde Theilnehmer dachte, so ließe sich wohl mit mehrerem Rechte für Hessen die richtige Ansicht als die zu befolgende behaupten.

1) Freilich ist in Bez. auf gem. u. spez. Theilnahme in diesem GB. überhaupt wenig Konsequenz.

2) §. 392. 393. Thilo S. 338. Ob die Anzeige gegen einzelne zurückgenommen werden könne oder gegen alle zugleich zurückgenommen werden müsse, sagt der §. 394 wenigstens nicht mit Bestimmtheit. Doch scheint das Letztere im Sinne desselben zu liegen.

3) Leonhardt I. 243. n. 8. 293. n. 1.

4) vgl. Ges. 25. März 1816. Art. 12. Schmidtlein Jahrb. III. 173 f. Blätt. f. Rechtsanwend. 1839. nr. 14.

5) §. 246. 247, 1. Daß die Anzeige nur gegen alle zugleich zurückgenommen werden könne, ist hier ausdrücklich gesagt. Breym. S. 321.

6) N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 128—132. Weiß S. 200. 311. 312 (unklar und widersprechend). Jedenfalls hat der neue Entw. diese Unterscheidung aufgenommen. Mot. z. Art. 100.

7) vgl. Beseler S. 436—439. Goldtammer Archiv I. 73. 74. Unrichtige Bem. gegen das OTrib. b. Temme Glossen S. 126.

Dritter Theil.

Die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

§. 132. [§. 132.]

Die Strafe als die unmittelbare Wiederaufhebung des Verbrechens an dem Willen selbst, durch den es gesetzt ist, hat die Tilgung der verbrecherischen Schuld durch die Verwirklichung der objektiven Genugthuung zum Zweck und daher die Wiedervergeltung nach dem gerechten Maße zum Prinzip (§. 114—123). Ihren Begriff in seiner organischen Totalität zu realisiren, ist die Aufgabe des Staats. Wie nun der Begriff des Verbrechens selbst sich in bestimmte Arten auseinanderlegt (§. 31), innerhalb deren erst das konkrete Verbrechen als individuelle Einzelheit wirklich werden kann, so muß auch der Begriff der Strafe zu bestimmten Arten sich besondern (§. 124. 125), und sofort innerhalb der bestimmten Art erst für das konkrete Verbrechen die konkrete Strafe ermittelt werden. Handelt es sich aber hiebei um wesentlich unterschiedene Funktionen, so werden auch im Staate diese Funktionen an verschiedene Gewalten sich vertheilen müssen. Und zwar muß a) zunächst die gesetzgebende Gewalt die Normen über Verbrechen und Strafen überhaupt, über ihre Arten und die Grundsätze festsetzen, nach welchen die konkrete Strafe für das konkrete Verbrechen zu ermitteln ist. b) Diese Normen hat die richterliche Gewalt in der unendlichen Mannigfaltigkeit des Lebens durchzuführen. Da nun aber das Verhältniß dieser beiden Gewalten ein solches ist, daß die zweite, obgleich zu relativ freier Selbstbestimmung berechtigt, gleichwohl durch die von der ersten gesetzten Schranken schlechthin gebunden erscheint, während andrerseits die Natur der gesetzgebenden Gewalt die Abstraktheit ihrer Normen nothwendig mit sich bringt, so entsteht c) für diejenigen Fälle, in welchen die abstrakte Verwirklichung des Gesetzes zu einem Widerspruch mit seinem Zwecke führen würde, die Nothwendigkeit, eine solche Antinomie zu lösen, was nur durch die Centralgewalt (mittelst der Begnadigung) geschehen kann. N. Rev. §. 209. 215. 218.

Erstes Kapitel.

Die Strafgesetzgebung.

§. 133.

Die gesetzgebende Gewalt hat die Aufgabe, die Begriffe des Verbrechens und der Strafe in ihre Arten zu besondern und für jede Verbrechensart die entsprechende Strafart festzusetzen. Die Möglichkeit hievon liegt in dem Begriffe der Strafe als der Wiederaufhebung des verbrecherischen Willens in demselbem Umfang und derselben Intensität, worin er im Verbrechen den allgemeinen Willen aufgehoben hat. Hiernach sind nämlich Verbrechen und Strafe homogene Größen und jedes Verbrechen trägt die Maßbestimmtheit seiner Strafe in sich selbst. In jedem Verbrechen ist die Schuld das Produkt aus der objektiven Größe des verletzten Rechts und der Verletzung auf der einen, und aus dem Grade, in welchem dies Objektive im Wissen und Willen des Handelnden gesetzt war, auf der andern Seite. Die objektive Größe eines Verbrechens ist aber nichts Andres, als der Grad, in welchem der (allgemeine) Wille in einem seiner Gebiete verletzt ist; daher ist es möglich, dafür eine gemäße Strafe d. h. eine entsprechende Verletzung des (Einzel-) Willens in einem seiner Gebiete festzusetzen. Zugleich ist jedoch das Verbrechen eine subjektive Größe, und gerade seine Subjektivität macht seine spezifische Bestimmtheit gegenüber dem wesentlich nur durch den Werth des verletzten Objekts bestimmten Civilunrechte aus. Wenn nun hieraus erhellt, daß die Strafe nach beiden Momenten sich bestimmen, dabei aber das letztere als das überwiegende hervortreten muß, so ergiebt sich zugleich, daß die Gleichheit des Verbrechens und der Strafe eine spezifische Gleichheit in Beziehung auf das Objektive der Verletzung weder zu sein braucht, noch sein darf. Vielmehr handelt es sich um die Gleichheit der Verletzung in beiden Sphären hinsichtlich ihrer Reflexion in den Willen, wobei die objektive Seite des Verbrechens zum untergeordneten Momente wird. Die Sache der Gesetzgebung ist es denn eben, den hiernach ebenso möglichen als nothwendigen Parallelismus der Verbrechens- und Strafarten festzustellen. N. Rev. §. 210.

1) Die Forderung eines gerechten Parallelismus der Arten des Verbrechens und der Strafe, sowie des konkreten Verbrechens und der konkreten Strafe ist eine allgemeine, jedoch fast durchgängig gar nicht begründete, wie sie denn auch von keinem System, als dem hier zu Grund gelegten aus begründet werden kann. Und doch steht alle kriminalistische Gerechtigkeit geradezu in der Luft, solange man

nicht nachweist, daß und warum und inwiefern Verbrechen und Strafe homogene Größen [1]) sind!

2) Statt dessen ergeht man sich in Betrachtungen über die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Strafgesetzgebung [2]), welche heutzutage als müßig erscheinen, da Jedermann davon überzeugt und der falsche Gedanke, den Feuerbach hineinlegte, als in der Wissenschaft längst überwunden anzusehen ist [3]), — oder pflegt man auch sich in müßigen Eintheilungen der Strafgesetze in Strafgesetze im weitern und im e. S. zu ergehen [4]), wobei man denn darüber streitet, ob das Strafgesetz im e. S. aus Einem oder aus zwei Theilen bestehe, d. h. ob auch das Gebot oder Verbot der fraglichen Handlung dazu gehöre oder nicht [5]). Die richtige Antwort ist, daß dies bei Polizeistrafgesetzen schlechthin zu bejahen ist, nicht aber bei eigentlich peinlichen, weil nur bei jenen mit der Strafsatzung das Verbot selbst erzeugt wird.

§. 134.

In der Natur des Gesetzes liegt die Allgemeinheit nicht nur in dem Sinne, daß es für alle in demselben enthaltenen Fälle die schlechthin giltige Norm der Entscheidung bildet, sondern auch in dem, daß es überhaupt eine allgemeine Norm für unbestimmbar viele, mannigfaltige, daher auch im Einzelnen vielfach unter einander verschiedene Fälle ist und sein soll. Handelt es sich nun um eine Gesetzgebung über das ganze Strafgebiet, so erhebt sich die Forderung erschöpfender Vollständigkeit, d. h. daß kein Fall ohne gesetzliche Bestimmung bleibe. Die abstrakte Konsequenz hievon wäre die gesetzliche Normirung aller nur möglichen einzelnen Fälle. Abgesehen aber davon, daß bei der unendlichen Mannigfaltigkeit des Lebens diese Aufgabe sich schlechthin als unerfüllbar zeigen müßte, würde das Streben nach ihrer Lösung zur Kasuistik, d. h. zum Widerspruch mit dem so eben angegebenen Wesen des Gesetzes, ja zum Widerspruch mit sich selbst führen, da das Gesetz, je kasuistischer es wird, um so mehr Fälle unentschieden lassen muß. Bleibt nun aber das Gesetz seinem Wesen treu, während es gleichwohl der Forderung der Vollständigkeit nachkommen will, so geräth es in die entgegengesetzte Gefahr, die der Unbestimmtheit, da es, um auch ungewöhnliche Fälle mit zu treffen, möglichst weit werden,

---

1) Wie man denn nicht über die Vorstellung der Strafe als eines sinnlichen Uebels hinauskommt. s. z. B. Feuerbach §. 73. Bauer Abh. I. 122.

2) Auch wieder Berner Wirkungskreis d. Strafges. S. 1—3. Verkehrte Ansichten s. bei Temme Glossen S. 12. 13.

3) s. hierüber Schröter I. 56—58. Was allein hiebei praktisch erscheint, ist theils schon oben (bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht und bei der Lehre von der analogischen Anwendung der Gesetze) vorgekommen, theils wird es hiernächst im 2. Kap. vorkommen.

4) Bauer Abh. I. 222—224. Abegg §. 56 u. f. f.

5) Dafür sind z. B. Salchow Darst. I. §. 6. Abegg §. 62. Heffter §. 19 u. A., dagegen Bauer a. a. O. Schröter S. 57. n. 1.

d. h. die richterliche Gewalt an seine Stelle setzen muß. Sollen daher beide Nachtheile vermieden bleiben, so muß das Gesetz den Mittelweg einschlagen [1]). Eben damit wird aber nicht allein die Ergänzung durch Analogie (§. 25), sondern auch für die ungewöhnlichen Fälle die Gestattung des richterlichen Strafänderungsrechts, und für die Fälle §. 132. c. die Begnadigung nothwendig [2]).

Zweites Kapitel.

Die Strafrechtspflege.

§. 135.

Die Strafrechtspflege, als ein Zweig der Staatsverwaltung überhaupt steht zur Gesetzgebung in dem Verhältnisse, worin überhaupt die vollziehende Gewalt zur gesetzgebenden sich befindet, d. h. sie hat a) die Aufgabe, sich vom Gesetze als ihrer absoluten Norm bestimmen zu lassen, andrerseits aber auch b) nicht selbstlose Maschine zu sein, woraus c) als ihre konkrete Bestimmung die hervorgeht, als freie Selbstbestimmung innerhalb des Gesetzes sich zu bewegen und dessen Geist lebendig zu machen. N. Rev. §. 211 [3]).

A) Das Gesetz als absolute Schranke.

§. 136.

Durch die allgemeine Norm des Gesetzes ist die richterliche Gewalt in der Art schlechthin gebunden, daß sie nicht die Befugniß hat, dieselbe zu schmälern oder zu erweitern. Insbesondere hat sie daher 1) die Anwendung des Gesetzes nicht erst von einer Prüfung seiner materiellen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit abhängig zu machen; 2) muß jedes richterliche Urtheil als bloßes Medium der Anwendung des Gesetzes durch gesetzliche Gründe bestimmt sein, woraus folgt, daß dem Richter kein Begnadigungsrecht, kein Recht, mit dem Verbrecher einen Vergleich zu schließen, kein Recht, ohne Erlaubniß des Gesetzes die gesetzliche

---

1) L. 10 D. de legib. (1. 3).

2) Gewöhnlich werden diese Punkte nicht oder nur theilweise und beiläufig (bei der Begnadigung, bei der Lehre vom richterlichen Ermessen ꝛc.) berührt, weshalb es scheinen könnte, als ob man sie um ihrer Selbstverständlichkeit willen als bekannt voraussetze. Daß dem aber keineswegs so sei, das zeigt die Unsicherheit der modernen Gesetzgebung, die noch so oft in den einen oder den andern Fehler verfällt, sowie die auch in der Doktrin noch so vielfach fortwirkende überspannte Feuerbachische Vorstellung von der Leistungsfähigkeit der Gesetzgebung in Strafsachen (§. 25).

3) Wirth Ethik II. 203. 204.

Strafe zu ändern, und kein Recht, bei arbiträren Strafen eine andre als eine der gesetzlich anerkannten Strafarten anzuwenden, zusteht. 3) Gleichwie der Richter von der Anwendung des Gesetzes keinen darunter gehörigen Fall willkührlich ausschließen darf, so darf er dasselbe auch ebensowenig anwenden, wo es an einem wesentlichen Erfordernisse des Thatbestands oder an zureichendem Beweise des Verbrechens mangelt. N. Rev. §. 212 [1]).

1) Mit dem unter 1) Gesagten [2]) ist nicht die ganz andre Frage zu verwechseln, ob der Richter befugt sei, die formelle Giltigkeit eines Gesetzes zu prüfen und, wenn er sie verneinen muß, das Gesetz (die Verordnung, Instruktion ꝛc.) als nichtexistirend zu behandeln, — eine Frage, die mit besonderm Nachdruck gerade in Beziehung auf das Strafrecht bejaht werden muß [3]).

2) Vieles, was zu 2) erörtert zu werden pflegt, gehört nicht hierher, sondern in den Strafprozeß, wie die Unzuläßigkeit der Kabinetsjustiz ꝛc. [4]). Der Satz selbst wird in der Regel in der gemeinrechtlichen Doktrin zugegeben, aber sehr häufig bei der Anwendung außer Augen gesetzt oder geradezu verläugnet [5]), wozu der Grund freilich nur in dem traurigen Zustand des gesetzlich verwahrlosten gem. Rechts lag [6]). Heutzutage ist man allgemein darüber einverstanden, daß eine Gesetzgebung, wo sich Lücken finden, schlechthin nur aus sich selbst ergänzt werden darf. Eben deshalb ist es aber gefährlich, daß die neueren Gbücher die Analogie theils ausschließen, theils mehr oder weniger beschränken (§. 25), weil sie dadurch ihre eigene organische Fortbildung verhindern. — Was die zu 2) angef. Konsequenzen betrifft, so nahmen Aeltere allerdings, namentlich bei geringeren Vergehen, ein Begnadigungsrecht des Richters, sowie ein Abfindungsrecht desselben mit dem Angeschuldigten an, was aber jetzt allgemein verworfen ist [7]).

---

1) Wächter Lb. I. §. 111—113. Bauer Abh. I. 186—188. Marezoll S. 160—164. Heffter §. 145—152.

2) Feuerbach §. 74. vgl. Dist. 4. c. 3. l. 1 §. 3 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). P.G.O. Art. 104. 105.

3) Gegen die verwerfliche entgegengesetzte Ansicht von Linde s. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 26—30 und die dort Angeff., bes. Martin, und jetzt wieder Temme Glossen S. 13. 14. A. M. das sächs. O.A.G. in den N. Jahrb. VII. 103. u. die preuß. Verf. 1850. Art. 106.

4) Wächter §. 111. not. 55. Besonders Heffter a. a. O. zieht hier vieles nicht hieher Gehörige herein. Was Wächter n. 54. u. Heffter §. 145 ausführen, ist auf dem Standpunkt der modernen Gesetzgebungen antiquirt.

5) s. z. B. Carpzov qu. 24. nr. 1. 2. im Vergleich mit seiner ganzen Art und Weise. Tittmann §. 62 u. N. Arch. I. 352 f. Hommel rhaps. quaest. obs. 439. Feuerbach §. 75—78. j. 102 ff. — s. dag. Thibaut Kritik S. 60 f. Henke krim. Verf. S. 43 f. 101 f. Schröter §. 35. Martin §. 58 f. Wächter §. 111. n. 56. Birnbaum N. Arch. XIII. 540 f. Marezoll S. 162. — dag. aber auch wieder Feuerbach §. 102. b. not. 6. vgl. Roßhirt Entw. S. 25 f. 85 f.

6) Das hat man bei den wohlfeilen Angriffen auf Feuerbach gewöhnlich nicht gehörig beachtet. Durch Einmischung in die Frage über das Verhältniß zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht ist die vorliegende, bes. hinsichtlich der Kritik der Ansichten Andrer, verwirrt bei Geib im N. Arch. 1836. S. 204 ff.

7) s. das Nähere bei Wächter §. 112. n. 57. 58.

Ebenso ist jetzt allgemein anerkannt, daß der Richter kein unbeschränktes Strafänderungsrecht [1]) hat, und daß er bei arbiträren Strafen sich an die gesetzlich zugelassenen Strafarten halten muß [2]).

3) [3]) Natürlich darf auch der Richter nur den wirklich Schuldigen strafen, nicht Unschuldige, — ein Satz, über den wiederum heutzutage Niemand zweifelt [4]).

§. 137.

Eine besonders wichtige Anwendung findet die Regel der Gebundenheit des Richters an das Gesetz in dem Fall, wo mehrere noch ungetilgte Verbrechen derselben Person behufs gemeinsamer Bestrafung zusammentreffen (Verbrechenskonkurrenz). Hier kann, sofern nicht das Gesetz etwas Andres bestimmt, der Richter niemals die Befugniß haben, bloß um dieses Zusammentreffens willen die eine oder andere der nach dem Gesetz verwirkten Strafen zu erlassen oder zu mildern, gleichviel, ob durch Eine Handlung mehrere Verbrechen begangen sind oder durch verschiedene Handlungen. Dabei kann freilich absolut oder relativ rechtliche oder physische Unvereinbarkeit der verwirkten Strafen eintreten, wodurch aber nur die Nothwendigkeit gesetzt wird, durch Strafverwandlung (s. unten) wenigstens soviel als möglich der Forderung des Gesetzes nachzukommen. So wenig jedoch von einem Rechte der Strafmilderung wegen Zusammenflusses die Rede sein kann, so wäre es doch ebenso falsch, wenn man den Richter zu einer einfachen Zusammenrechnung der verwirkten verschiedenen Strafen für verbunden erachten wollte, da er hiedurch gerade gegen das Gesetz verstoßen würde. Denn in der Natur der Dinge liegt es, daß durch die unmittelbare Verbindung mehrerer (gleichartigen oder ungleichartigen) Strafen die Intensität derselben zunimmt. Würden sie daher einfach zusammengerechnet, so würde der Schuldige um dieses intensive Mehr härter gestraft, als er nach dem Gesetze gestraft werden soll. Daraus folgt, daß der Werth dieses intensiven Mehr an der Extensität der Gesammtstrafe abgezogen werden muß, um die im wahren Sinne des Gerechtigkeit wollenden Gesetzes liegende Gesammtsumme von Strafe herauszubringen. Da

---

1) Nach Geib a. a. O. S. 213—215 wären Bauer, Salchow, Wächter, Abegg A. M., was aber ganz und gar nicht der Fall ist. s. bes. Wächter §. 112. n. 59. Die hier berührte Kontroverse über die Infamie ist veraltet. Ueber das röm. Recht s. unten.

2) Feuerbach §. 78. 142. Schröter §. 35. Wächter n. 60.

3) s. Wächter §. 113. n. 62. 63. u. über den a. E. des §. berührten Punkt den Strafprozeß.

4) Ausnahmen kamen im röm. Rechte vor. l. 5 §. 1. 3 C. ad l. Jul. maj. (9. 8). l. un. C. de mulier. quae se prop. serv. (9. 11). l. 4 §. 2 D. de off. procons. (1. 14). s. dag. die Regel in l. 22 C. de poen. (9. 47). Eine sonderbare Uebertreibung des Richtigen findet sich bei Kleinschrod II. §. 36. 37.

nun indessen hiemit für den Richter die absolute Grenze gesteckt, gleichwohl aber bei der nothwendigen Beschränktheit des menschlichen Daseins und Besitzes die Möglichkeit gegeben ist, daß in vielen Fällen jene Gesammtsumme im Verhältniß zu der durchschnittlichen Lebensdauer, resp. dem durchschnittlichen Maß des Besitzes als allzugroß, ja unerschwinglich erscheinen müßte, so ist es die Aufgabe der Gesetzgebung, auf den Grund dieser allgemeinen, in der Natur liegenden Verhältnisse hier mit Maßbestimmungen einzutreten und nur die ganz ungewöhnlichen Fälle der Begnadigung zu überlassen [1]).

§. 138.

Von dem wirklichen Zusammenflusse mehrerer Verbrechen sind jedoch verschiedene nicht dazu gehörige Fälle auszuscheiden. Jener ist entweder 1) ein idealer (gleichzeitiger), indem durch Eine Handlung entweder a) dasselbe Strafgesetz mehrfach übertreten wird, oder b) verschiedene Strafgesetze übertreten werden; — oder 2) ein realer (verschiedenzeitiger), indem entweder a) verschiedenartige Verbrechen hintereinander begangen werden, oder b) dasselbe Verbrechen successiv wiederholt wird. — Dagegen liegt ein Zusammenfluß nicht vor, *α*) wenn dieselbe Handlung, die eine eigene Verbrechensart bildet, zugleich unter den Thatbestand eines Gattungsverbrechens subsumirt werden kann, oder mehrere gleichartige Akte als Momente Eines Thatbestands zu betrachten sind, *β*) wenn und soweit mehrere ideal zusammentreffenden Verbrechen einen gemeinschaftlichen Thatbestand ihrem Begriff nach haben; *γ*) im Fall des fortgesetzten Verbrechens, d. h. der aus Einem Entschlusse hervorgehenden successiven Wiederholung eines Verbrechens in Beziehung auf ein Objekt, das unabhängig vom Willen des Handelnden für sich eine objektive Einheit bildet. N. Rev. §. 214.

---

1) Varnbueler D. de concursu delictorum. 1657. Schultz de conc. del. 1692 (1748). Schöpff de conc. delict. 1738. Klein Grundſ. §. 156 f. Savigny de conc. del. 1800. Schröter de conc. delict. 1812. u. Hdb. I. S. 188 ff. Mittermaier im N. Arch. II. 238 ff. Kleinschrod III. §. 101 ff. Feuerbach §. 126 ff. Tittmann §. 99. 100. Grolman §. 121—125. 175. Oersted Grundreg. S. 392 f. Henke I. 610 f. Martin §. 64—68. Wächter I. §. 122—124. Wafflaer de concursu delict. 1823. Zehler üb. das Zusammentreffen der Uebertretungen. 1827. Roßhirt Entwickl. S. 103 ff. Abegg §. 159 ff. Heffter §. 163 ff. Marezoll S. 193 ff. Sander im N. Arch. 1836. S. 266 ff. 357 ff. Trefurt eb. 1838. S. 415—430. Bauer Abh. II. S. 1—98. v. Rotteck üb. Konkurrenz d. Verbr. 1840. Krug Ueb. d. Konkurrenz der Verbr. 1842. Waser in d. Zeitschr. für östr. Recht. 1845. S. 1 ff. — Breidenbach I. 2. S. 516 f. Leonhardt I. 445 f. Hye S. 447 f. v. Jagemann im N. Arch. 1849. S. 220 ff. (höchst unbedeutend). Krug in den N. sächs. JB. VII. 1 f. VIII. 119 ff.

1) Noch immer fehlt es in der Wissenschaft mehrfach an einer vollkommen sichern Bestimmung des Begriffs der Konkurrenz und seines Unterschieds von ähnlichen Erscheinungen, die sorgfältig davon auszuscheiden sind, desgleichen an einer erschöpfend richtigen Aufzählung der Arten des Zusammenflusses, an der sorgfältigen Auseinanderhaltung der Grundsätze über den Zusammenfluß der Verbrechen an sich und über den Zusammenfluß mehrerer Strafen, resp. die Konkurrenz mehrerer Strafen bei Einem Verbrechen, insbesondre aber auch an der gehörigen Unterscheidung der aus dem Zusammenflusse der Verbrechen an sich für den Richter sich ergebenden Grundsätze von den an die Gesetzgebung zu machenden Anforderungen [1]). — Zum Begriff des Zusammenflusses gehört: 1) eine Mehrheit von selbständigen, bewiesenen, noch ungetilgten Verbrechen [2]) 2) derselben Person, 3) welche gemeinsam bestraft werden sollen [3]). — Was die Eintheilung betrifft, so mögen die schulmeisterlichen Bemerkungen über die Ausdrücke Andern überlassen bleiben [4]). Wichtiger ist, zu bemerken, daß noch mehrere Neuere hierin theils nicht erschöpfend sind (namentlich z. B. die ideale Konkurrenz nicht auch wieder in gleich- und verschiedenartige eintheilen) [5]), theils mehr oder weniger Fälle zur Konkurrenz rechnen, die davon zu trennen sind, wie das fortgesetzte Verbrechen 2c. [6]), theils mehr oder weniger Fälle davon trennen, während sie in Wahrheit dazu gehören, wie z. B. wiederholte Versuche eines Verbrechens [7]), Zusammentreffen eines dolosen und kulposen Delikts in Einer Handlung u. s. f. [8]). Einige [9]) stellen aber auch eine ganz abweichende Eintheilung auf, indem sie als

---

1) Gerade der letzte Punkt, der wichtigste, ist der von der Doktrin am meisten verwahrloste. In der N. Rev. S. 883—887 wurden hierüber Andeutungen gegeben, die an ihrem Werth dadurch nichts verlieren, daß man sie nicht beachtet hat. s. übr. auch Bauer S. 47. 48. u. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 497.

2) s. Bauer S. 5—12, wo jedoch unrichtig der Fall des fortgesetzten Verbrechens zur Konkurrenz gezogen wird.

3) Dies giebt Bauer S. 13. 14 richtig an. Allein, wie er hier einerseits in bekannter Vorliebe zur formellen Logik sich in unnöthiges Detail verliert, so hat er andrerseits sich dadurch abhalten lassen, die praktisch so wichtige und troß der Andeutung in der N. Rev. S. 885. n. 2. von der Doktrin fast ganz verwahrloste Frage näher zu erörtern, ob nicht die Gerechtigkeit verlange, ganz dieselben Grundsätze auch dann eintreten zu lassen, wenn die mehreren Verbrechen in verschiedenen Erkenntnissen, resp. von verschiedenen Gerichten abzuurtheilen sind (s. vorläufig wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 17. 32—35), ja sogar noch weit über die Sphäre der Konkurrenz hinaus? s. unten.

4) Erschöpfend sind in dieser Beziehung Sander S. 268 ff. u. Bauer S. 18 ff. Für überflüssig halten alle Eintheilung Roßhirt S. 112. Marezoll S. 195. Ueber die Eintheil. s. auch Anm. z. bair. GB. I. 251—262.

5) so z. B. Feuerbach §. 127. Grolman §. 121. Jarcke I. 320. n. 29. Breidenbach I. 2. S. 518. s. eb. 561.

6) so Wächter a. a. O. Bauer S. 10. — Feuerbach §. 128. Grolman §. 121. Leonhardt I. 449. n. 11.

7) wie Sander S. 267. Roßhirt S. 113. Krug Konkurrenz S. 21. (?) Breidenbach S. 568. 569.

8) so Mittermaier n. 1. z. F. §. 131.

9) Schröter a. a. O., u. nach ihm im Wesentlichen Henke (?). Sonderbarer Weise berufen sich auch Wächter und Martin auf ihn, während ihre Eintheilung doch gerade in der Hauptsache eine ganz andre ist und nur hinsichtlich des Begriffs des fortges. Verbrechens Uebereinstimmung stattfindet. Unbegreiflich ist bes., wie Wächter gerade hinsichtlich der idealen Konkurrenz auf die Ausführung von

formale Konkurrenz den Fall bezeichnen, wo mehrere Rechtsverletzungen durch eine gemeinschaftliche Absicht, resp. Ursachlichkeit mit einander verbunden sind, sollten sie auch in verschiedenen Thaten oder Wirkungen bestehen (mehrfache Rechtsverletzung), und zwar a) in Einer That, α) qualifizirtes Verbrechen [1]), β) Bewirkung dem Begriff nach verschiedener Verbrechen durch Eine That [2]), — b) in verschiedenen Thaten [3]). Dieser stellen sie dann als materiale Konkurrenz den Fall gegenüber, wo in Ansehung mehrerer Rechtsverletzungen einer Person, werden sie nun durch Eine oder verschiedene Handlungen bewirkt, mehrere unterschiedene Absichten oder Ursachlichkeiten stattfinden. — Diese Ansicht hat zwar das Verdienst, auf das wichtige Moment der Einheit der Absicht aufmerksam gemacht und dadurch die richtige Auffassung des fortgesetzten Verbrechens vorbereitet zu haben. Allein die Eintheilung der Konkurrenz in formale und materiale nach der Einheit oder Mehrheit der Absichten führt zu Verwirrung und Widerspruch, da die formale Konkurrenz durch diese Definition unter dasselbe Prinzip, wie das fortgesetzte Verbrechen, gestellt, gleichwohl aber doch wieder als Konkurrenz und Fall der Strafhäufung festgehalten wird [4]), überdies aber eine Reihe von Fällen unter ihr zusammengeworfen wird, die gar nicht als Konkurrenzfälle anzusehen sind. — Außerdem ist noch zu bemerken, daß Einige den Ausdruck: wiederholtes Verbrechen (verschiedenzeitige gleichartige Konkurrenz) ungeschickter Weise auf den Rückfall anwenden [5]). — Besonders wichtig ist es nun aber, von dem Begriff der Konkurrenz die vielen Fälle auszuscheiden, die häufig ganz mit Unrecht darunter gestellt werden. A) Ideale Konkurrenz. Hier ist zu unterscheiden: 1) eine in sich einfache Handlung; wenn diese a) nur Eine Willensrichtung involvirt, so ist niemals Konkurrenz vorhanden; wenn die Handlung einerseits ein selbständiges Delikt bildet, andrerseits sich unter die Kategorie eines Gattungsverbrechens stellen läßt (wie Ehebruch im Verhältniß zum stuprum), so liegt stets nur Ein Verbrechen vor [6]). b) wenn sie verschiedene Willensrichtungen involvirt, so können diese Verbrechen betreffen, welche begriffsmäßig relativ denselben Thatbestand voraussetzen (z. B. incestuoser Ehebruch); hier ist relativ, d. h. soweit eben der Thatbestand nicht nothwendig gemeinschaftlich ist, Konkurrenz

---

Schröter verweisen mag. Selbst Henke kommt bei der formalen Konkurrenz in eine fühlbare Klemme.

1) Als Beisp. werden angegeben Blutschande, Ehebruch, Vatermord, furtum und plagium, furtum u. Pekulat, rapina u. vis publica, incest. Ehebruch. Schröter S. 192. n. 1. 2. S. 195. n. 1.

2) z. B. mittelbare Injurie, gewaltsame Schändung (?), Urphedenbruch, gewaltsamer bewaffneter Diebstahl, culpa dolo determ. ꝛc. Schröter S. 193. n. 1.

3) z. B. Entführung (?), Tödtung des Eigenthümers durch den Dieb. Schröter S. 191. n. 1.

4) Schröter §. 154 j. 165—167. u. 168. n. 3. Diesen Widerspruch, worin Henke hängen geblieben ist, hat Martin glücklich vermieden.

5) Schröter §. 152. vgl. das bair. GB. u. die Anm. I. 251.

6) Anders nach Schröter; s. auch Henke I. 616. 617 (Nothzucht, Raub, Entführung ꝛc. ꝛc. sollen verhüllte Konkurrenzfälle sein). Ueber theilweise abweichende, aber mit dem Prozeß, worauf sie beruhten, längst veraltete Bestimmungen des röm. Rechts s. Heffter §. 163. n. 2. Roßhirt S. 114 f. — vgl. Oersted S. 400. 401. Bauer S. 7. 8. Leonhardt I. 446 (not. 3 unrichtig; qualif. Versuch ist Konkurrenz). Hye S. 478—488. (495 üb. qualif. Versuch unrichtig, ebenso 496 üb. Betrug u. Diebstahl).

vorhanden [1]). Unter denselben Gesichtspunkt fallen mehrfach qualifizirte Verbrechen [2]). Betreffen dagegen die verschiedenen Willensrichtungen Verbrechen, welche ihrem Thatbestande nach wesentlich unterschieden sind, so liegt hier stets — und zwar vollständig — Konkurrenz vor [3]) (z. B. Tödtung durch Brandstiftung, Konkurrenz von dolus und culpa, qualif. Versuch, mittelbare Injurien, Injurien gegen Mehrere zugleich rc.). Besonders ist hier die überhaupt in dieser Lehre nie aus den Augen zu verlierende Bemerkung wichtig, daß die Verbrechen gegen die unmittelbare Persönlichkeit in sich quantitativ abgeschlossen sind, andre, besonders die gegen das Eigenthum nicht, daher jene sovielmal begangen werden, als Personen dadurch verletzt sind, was bei letzteren nicht der Fall ist [4]). — 2) Eine in mehrere Momente zerlegbare Handlung. a) sind diese Momente gleichartige, die sich unter Einen Thatbestand zusammenschließen [5]), so liegt keine Konkurrenz, sondern nur Ein Verbrechen vor [6]). Bei Verbrechen gegen die unmittelbare Persönlichkeit ist übrigens hier stets eine und dieselbe Person als Gegenstand des Angriffs vorausgesetzt, wogegen diese Einheit der Person des Verletzten in andern Fällen (z. B. beim Diebstahl) nicht erforderlich ist [7]). Immer aber ist hier Einheit der Willensrichtung vorausgesetzt; b) sind dagegen die Momente verschiedenartige, z. B. Betrug durch Fälschung, Bigamie mittelst Betrugs rc., so müssen nothwendig auch mehrere Willensrichtungen vorhanden sein, daher solchen Falls stets Konkurrenz vorliegt [8]). B) Reale Konkurrenz. Hier giebt es keine Fälle bloß scheinbarer Konkurrenz, wenn man nicht das, allerdings von der Konkurrenz auszuscheidende, fortgesetzte Verbrechen als einen solchen ansehen will [9]).

Soll nun aber der Fall des fortgesetzten Verbrechens als mit Recht vom Begriff des Zusammenflusses ausgeschlossen erscheinen, so kommt Alles darauf an, ihn richtig zu bestimmen, wozu es an Materialien in der neueren Doktrin nicht fehlt [10]). Das praktische Moment ist, daß solchen Falls, obwohl mehrere

---

1) Klein n. †† z. Quist. §. 30. Savigny p. 15. Grolman §. 121. a. Abs. 2. A. M. Wächter I. S. 255 ob.

2) Ganz zur Konkurrenz werden sie gerechnet von Schröter §. 157. 169 (s. jed. Diss. p. 10). vgl. Savigny p. 121. Feuerbach §. 131. n. 3. Dag. s. Henke I. 616. Wächter §. 122. n. 95 u. S. 254. Bauer S. 9. Beides ist unrichtig. s. auch Bauer a. a. O. not. b. u. S. 98. Leonhardt I. 445.

3) A. M., zum Theil wenigstens, Heffter §. 164. n. 7. vgl. aber §. 165. n. 1. Mittermaier n. 1. z. F. §. 131, bes. aber Krug S. 2, der sich jedoch ganz mit Unrecht (n. 3) auf Abegg u. (n. 4) auf v. Savigny beruft. Verwirrend ist es, wenn neuere Schriftsteller solche Fälle, in welchen neue Gbücher die Konkurrenz im bes. Theil besonders gewürdigt u. mit Einer Strafe bedroht haben, als einfache Verbrechen behandeln; so bes. Krug S. 22—24. Hye S. 467—471. s. aber auch S. 488 ff.

4) N. Rev. S. 877. vgl. Oersted S. 394—396. Bauer S. 8. nr. 4 (ungenau). A. M. Krug S. 1. not. 2.

5) z. B. eine Reihe von Schmähungen gegen Einen, mehrere Verwundungen und Tödtung uno actu rc.

6) Bauer S. 6.

7) Oersted S. 394. Bauer S. 8. nr. 3. 4. Daher auch nur Ein Verbrechen, wenn uno actu mehrere Häuser angezündet, mehrere Aktenstücke in Einer Angelegenheit gefälscht werden rc. N. Rev. S. 878.

8) Dies giebt auch Heffter §. 164. n. 8 zu.

9) s. dar. Sander S. 280. vgl. Bauer S. 29. 30.

10) Mittermaier im N. Arch. II. 238 f. und in Demme's Annal. I. 1 ff. Schröter Hdb. I. §. 165—167. Henke Hdb. I. §. 91. Martin §. 64. San-

verbrecherische Akte vorliegen, gleichwohl keine Mehrheit von Verbrechen, sondern nur Ein, aber allerdings durch Fortsetzung erschwertes Verbrechen angenommen werden soll. Natürlich kann dies eben nur unter solchen Voraussetzungen geschehen, welche die Annahme einer Mehrheit von Verbrechen bestimmt ausschließen, und es sind dabei drei Fehler zu vermeiden, welche oft genug nicht vermieden worden sind; es ist zu sorgen, daß man nicht a) wirkliche Konkurrenzfälle unter den Begriff der Fortsetzung Eines Verbrechens bringe, b) daß man nicht umgekehrt Fälle bloßer Fortsetzung unter die Kategorie der Konkurrenz setze, c) daß man nicht Fälle, wo unmittelbar nur ein einfaches Verbrechen vorliegt, unter die des fortgesetzten (durch Fortsetzung erschwerten) mische. Die ältere Theorie über fortgesetzte und wiederholte Verbrechen ist schon darum unbrauchbar geworden, weil man dabei häufig zwischen Rückfall und Konkurrenz nicht unterschied [1]). Fortgesetzte Delikte hießen übrigens alle Delikte derselben Art, wenn sie an derselben Person oder demselben Gegenstand, wiederholte, wenn sie an verschiedenen Personen oder Gegenständen zu verschiedenen Zeiten begangen wurden [2]). Erstere sollten eben nur als Ein Verbrechen bestraft werden [3]). Allein man kam in neuerer Zeit, namentlich seit die herkömmliche Definition in das bair. StGB. übergegangen war, zu der Ansicht [4]), daß dieselbe völlig verkehrt sei; daß die l. 67 §. 2 D. de furt., worauf man sich gewöhnlich berief, nichts beweise, war ohnedies schon früher nachgewiesen worden [5]). Denn mit jener Bezeichnung war Alles in die Hand des Zufalls gegeben [6]). Von der einen Seite wurde nun, um zu vernünftigeren Resultaten zu gelangen, ganz mit Recht, aber freilich einseitig und

---

der und Trefurt im N. Arch. a. a. O. Bauer Abh. II. 28 f. Visini Beitr. z. Krim.RWiss. S. 41 ff. Krug a. a. O. S. 9 ff. Waser a. a. O. S. 14 ff. Breidenbach I. 2. S. 542 ff. Leonhardt I. 456 ff. Hye S. 471—475. s. noch Mittermaier §. 128 a. z. F. Temme Glossen S. 129. 130 (oberflächlich absprechend in der beliebten, sehr bequemen, aber innerlich hohlen Manier der Berufung auf ein vermeintliches gemeines Rechtsbewußtsein, einen behaupteten gesunden Rechtssinn des Volks u. dgl.). N. Rev. S. 887—893.

1) s. z. B. Koch inst. §. 158. Quistorp §. 90. Klein §. 156. Kleinschrod I. §. 75.

2) s. die Angef. (Quistorp §. 30), Püttmann Elem. §. 33. G. J. F. Meister princ. §. 114. Salchow Darst. I. §. 120. Grolman §. 121 (modifizirt). Feuerbach §. 128. Eigenthümlich Kleinschrod I. §. 74 (Dieser §. 75, sowie Klein z. Quist. §. 30 heben übrigens bereits das so wichtige Moment der Einheit der Absicht gegenüber der Erneuerung derselben hervor, freilich noch in ziemlich verworrener Weise).

3) Engau Elem. §. 79. Koch §. 159. Westphal Krim.R. §. 133. §. 3. Quistorp §. 90 (sehr unbestimmt). Feuerbach §. 131. Salchow a. a. O. Kleinschrod III. §. 105 (nur für einen Fall §. 101, wobei schon ganz die moderne Ansicht, nur freilich in sehr beschränkter Weise, zu Grund liegt). Tittmann §. 100. Jarcke I. 323. Abegg §. 161. 162.

4) Manche machen Mittermaier zum Reformator (z. B. Breidenbach, Leonhardt 2c.). Indessen hat Schröter dasselbe Verdienst anzusprechen; und aus den vor. Noten ergiebt sich, daß schon Klein u. Kleinschrod das punctum saliens berührt hatten.

5) Savigny p. 9. Schröter Diss. p. 19—21.

6) s. bes. die Erfahrungen aus der Praxis in Gönners Jahrb. I. 162 f. III. 156 ff. Sander S. 373 f. Mittermaier in d. Annal. S. 5. 6. Bauer S. 34. 35. Visini S. 45 f. N. Rev. S. 888.

schon deshalb nur in unvollkommener Weise das objektive Moment als dasjenige hervorgehoben, wodurch sich das fortgesetzte Verbrechen bestimme, und zwar als „ein gewisser Zusammenhang der mehreren Akte", vermöge dessen sie eben nicht als viele, sondern als Ein Verbrechen erscheinen. Ein solcher Zusammenhang könne durch die Natur des Verbrechens oder durch die Begehungsweise entstehen; jenes, indem bei gewissen Verbrechen das kriminelle Wesen eben nur in der fortdaurenden Benützung eines bestimmten Verhältnisses bestehe, — dieses, indem Jemand zur selben Zeit und am selben Ort durch Einen kontinuirlichen Verbrechensakt mehrere Personen verletze [1]). Der allgemeine Gesichtspunkt war hier freilich sehr vag hingestellt; von den beiden Arten seiner Anwendung war aber die erstere gleichfalls auf ein außerordentlich vages, dehnbares, die unrichtigste Exemplifizirung zulassendes Moment (ein „Verhältniß") gestützt [2]), — die andre enthielt fast durchaus Fälle, in welchen von vorn herein nur Ein einfaches Verbrechen als vorhanden anzunehmen ist [3]). Diese Ansicht bedurfte daher, abgesehen von ihrer Unbestimmtheit im Einzelnen, jedenfalls nothwendig der Ergänzung durch ein subjektives Moment, d. h. durch die Einsicht, daß die Annahme einer bloßen Fortsetzung des Verbrechens im Gegensatz zur Wiederholung vor Allem durch die Einheit des alle die mehreren Akte durchziehenden Entschlusses bedingt sei [4]). Dabei wurde unterschieden: die Wiederholung desselben Akts an demselben Gegenstand und an verschiedenen Gegenständen [5]). In der ersten Beziehung wurden unter den Begriff der Fortsetzung gestellt: mehrfach wiederholte Versuche desselben Verbrechens, mehrfache Erneurung eines im Erfolge begriffenen Verbrechens (z. B. des Ehebruchs), und der Fall der l. 67 §. 2 de furt., in der zweiten wurde dagegen gefordert, daß die verschiedenen Gegenstände an sich selbst eine Art Ganzes gebildet oder doch die Akte bei einer und derselben Gelegenheit stattgefunden haben müßten [6]). Diese Ansicht hatte das große Verdienst, auf den Hauptpunkt, das subjektive Moment, mit voller Bestimmtheit hingewiesen zu haben, ohne doch das objektive (die Einheit am Gegenstande) zu ignoriren. Ihr Mangel war nur, daß sie eben dieses letztere Moment nicht mit der erforderlichen Schärfe feststellte. Daher konnte es geschehen, daß später das subjektive Moment mit ausschweifender Einseitigkeit auf

1) So Mittermaier im N. Arch. a. a. O. Ungemein beschränkt war dagegen allerdings, was Kleinschrod als fortges. Verbrechen zuließ, indem er forderte, es dürfe keiner der mehreren Akte für sich das ganze Verbrechen darstellen (Bspl. Allmälige Entwendung eines Schranks in drei Nächten nacheinander). vgl. Oersted S. 397. 398. 411.

2) Dies hat Mittermaier später selbst anerkannt. s. dag. auch jetzt noch Heffter §. 163 a. E.

3) Außer dem (nicht zum Uebrigen passenden) Falle der Vergiftung einer Person durch mehrere auf verschiedene Zeiten vertheilte Dosen waren lauter Beispiele einfacher Eigenthumsverbrechen gewählt, wobei das ob. über die nicht nach der Person des Inhabers sich abschließende Natur dieser Verbrechen Bemerkte nicht eingesehen war.

4) Dieses Moment wurde zuerst mit Bestimmtheit von Schröter hervorgehoben, was Krug nicht bemerkt hat. Gut aufgefaßt und dargestellt ist es bei Henke I. §. 91. vgl. Martin §. 64. Wächter I. S. 248.

5) Der dritte Fall, den Schröter (s. auch Roßhirt S. 113. Marezoll S. 196) aufstellt, ist nur ein einfaches Verbrechen (mehrfache Verwundung u. Tödtung uno impetu).

6) In diesem letzten Falle liegt wieder in Wahrheit nur Ein einfaches Verbrechen vor.

Kosten des objektiven geltend gemacht wurde [1]). Ehe dies aber geschah, wurde (bei Gelegenheit der Entstehung des hannövr. Gbs) eine dritte, eklektische Ansicht geltend gemacht [2]). Dieselbe behauptete, daß Einheit des Entschlusses keineswegs zu allen Fällen eines fortgesetzten Verbrechens erforderlich sei, daher nicht zum Prinzip gemacht werden könne [3]). Ueberhaupt genüge nicht Ein Prinzip, sondern man müsse sich an mehrere halten. Und zwar seien mehrere Akte als Eine That zu betrachten, entweder weil sie als fortschreitende Ausführung desselben verbrecherischen Entschlusses anzusehen, oder weil sie in Beziehung auf das nämliche dauernde Verhältniß begangen, oder weil sie nur als Bestandtheile oder Stufen derselben That zu betrachten seien (in welchem letzteren Fall Einheit des Entschlusses nicht erforderlich sei) [4]). Hieran war Alles fehlerhaft. Der 3te Fall enthielt eine petitio principii und die angef. Beispiele waren einfache (nicht einmal fortgesetzte) Verbrechen [5]). Der erste stellte das subjektive Moment abstrakt auf, der zweite führte zwar ein objektives ein, aber ein ungemein vages [6]). Mit jenem war daher der Begriff des fortges. Verbrechens ganz in das Belieben des Verbrechers gestellt [7]), mit diesem wurde zwar ein objektiver Halt gesetzt, aber ein beliebig dehnbarer, der ebenso abnorm gedeutet werden kann [8]). Ueberdies war dieser Eklektizismus eingestandener Maßen prinziplos. Eine vierte Ansicht gieng eben davon aus, daß sich ein allgemeines Prinzip nicht auffinden lasse, ergriff aber, um gleichwohl das praktische Moment (die mildere Bestrafung) zu retten, den Ausweg, den Unterschied zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen überhaupt aufzuheben und für alle Fälle einer Mehrheit gleichartiger verbrecherischer Akte eine mildere Bestrafung zu fordern, weil hier stets nur Eine böse Triebfeder wirke, während das Wirken verschiedener böser Triebfedern die Anwendung der Regel: quot — tot — bedinge [9]). Noch skeptischer verfuhr eine fünfte

---

1) Schon vor Sander u. Krug geschah es von Roßhirt S. 113, der bei Zwillingen fortges. Kindsmord annimmt. s. dag. Breidenbach S. 552. not. 9.

2) Bauer Anm. I. 598—602. Diese Ansicht ist in das hannövr., braunschw. und thüring., theilweise wenigstens auch in das hess. GB. übergegangen, das jedoch im Ganzen darüber hinaus ist. Sehr mit Unrecht berufen sich aber die braunschw. Mot. darauf, daß diese Ansicht die comm. opinio sei. Bauer selber hat sie später für ungenügend erklärt. Abh. II. 40.

3) Dasselbe behauptet Breidenbach S. 555 ff., aber für einen andern Fall, in welchem Bauer Einheit des Entschlusses fordert. vgl. auch Leonhardt I. 468, der in andrer Weise von Bauer abweicht.

4) s. hiegegen bes. (v. Kapff) Bem. z. wirt. Entw. S. 72—75. vgl. N. Rev. S. 888. 889.

5) Ueberdies schien der logische Bauer hier auch einmal ganz von der Logik verlassen zu sein. s. v. Kapff S. 73.

6) Mittermaier in den Annal. S. 11—14. vgl. bes. die hierin lehrreichen wirt. Kammerverhandl.

7) Unklar spricht darüber Breidenbach S. 550—554.

8) Zu rechtfertigen sucht es Breidenbach S. 557—559.

9) Sander S. 372—390. Derselbe begeht jedoch die auffallende Inkonsequenz, hinterher die mehreren gleichen Verbrechen gegen verschiedene Personen (im Gegensatze zu den Eigenthumsverbrechen) wieder auszunehmen und als mehrfache Verbrechen zu bezeichnen (worin freilich der Wahrheit die Ehre gegeben ist. s. o.). s. dag. auch Trefurt S. 427. 428. Ueberhaupt gegen Sander s. Mittermaier in d. Annal. S. 16—18. Bauer Abh. II. 37 (sehr oberflächlich). vgl. dag. N. Rev. S. 893. Eigenthümlich ist bei Sander insbesondre noch die Verbindung, in die er seine An-

Ansicht, welche geradezu die Berechtigung des subjektiven Moments läugnete, indem sie behauptete, es lassen sich mehrere Akte gar nicht auf Einen Entschluß zurückführen, da vielmehr jeder Akt einen erneuerten Entschluß fordre; dies sei aber keine die Strafbarkeit mindernde, vielmehr eine sie erhöhende Willensform [1]). Dieser höchst scharfsinnige, aus dem Begriff der inneren Natur der Handlung genommene Einwurf [2]) ist jedoch nur ein scheinbarer. Allerdings wäre es unsinnig, wenn man sich vorstellen wollte, der Mensch handle nicht, weil er sich im Moment des Handelns selbst bestimmt hat, sondern weil er den Vorsatz zu handeln früher einmal gefaßt hat. Allein offenbar ist es doch ein großer Unterschied, ob ich bei einer Kette von gleichartigen Akten nur Einen vorhergefaßten Generalvorsatz als Inhalt meines Wollens ununterbrochen festhalte, oder ob ich zu dem einen oder andern dieser Akte einen neuen, mit dem vorigen gar nicht zusammenhängenden Vorsatz fasse, resp. die inzwischen aufgegebene Absicht von neuem in mir ausbilden muß [3]). Dort, wo ich nur das Eine sich selbst gleich gebliebene Wollen festhalte, ist Fortsetzung vorhanden; — hier dagegen, wo ich ein andres Wollen ganz neu, resp. ein aufgegebenes Wollen von Neuem anfangen muß, liegt Wiederholung vor. Für die mildere Beurtheilung des ersten Falls spricht aber offenbar der gleiche Grund, aus welchem Trefurt (S. 422) die mildere Beurtheilung der idealen Konkurrenz bevorwortet. Ueberdies würde die abstrakte Durchführung des fraglichen Arguments offenbar zur Aufhebung des Unterschieds der vorbedachten Absicht von der im Affekt gefaßten führen [4]). Eine sechste Ansicht knüpfte dagegen an die vierte an, indem sie unter die Kategorie des fortgesetzten Verbrechens nicht nur auch das wiederholte Verbrechen, sondern noch überdies eine Reihe von Fällen ungleichartiger realer Konkurrenz stellte [5]). Sie nimmt Fortsetzung an, wenn unter mehreren (gleich- oder ungleichartigen) Verbrechen ein innerer bewußter Kausalzusammenhang stattfinde, vermöge dessen entweder das eine als das relativ nothwendige Mittel oder die Folge des andern, oder sämmtliche Verbrechen als nothwendige Mittel für Einen Zweck, oder als nothwendige Folgen Eines Motivs erscheinen. Uebrigens gesteht sie selbst ihre Halbheit ein, da sie in der That von

---

sicht mit der herrschenden (dem Präventionsprinzip angehörigen) Behandlung des Rückfalls bringt, indem sie dazu dienen soll, deren Härte auszugleichen, — was jedenfalls eine Empfehlung von sehr problematischem Werth ist. Damit hängt auch zusammen, daß er, die comm. opinio verlassend, zur Fortsetzung u. Wiederholung nicht die gleichen Verbrechen verlangt, sondern schon gleichartige (wie beim Rückfall nach den neuen Gbüchern) genügen läßt (Uebergang zu Krug). A. M. v. Jagemann N. Arch. 1849. S. 227 ff., während er S. 231 gerade auf Sander provozirt!

1) Trefurt im N. Arch. 1838. S. 423—430 und bei Thilo S. 187—191.

2) Es ist auffallend, daß ihn die Doktrin gar nicht berücksichtigt hat, ein Fehler, dessen sich auch die N. Rev. anklagen muß. s. indessen Leonhardt I. 460. 461.

3) Würde man diesen Unterschied gehörig beachten, so würde man die Fortsetzung, resp. Wiederholung des Ehebruchs richtiger bestimmen, als es häufig geschieht. s. (im Ganzen richtig) Krug S. 51—55.

4) Sehr treffend ist es übrigens, wie Trefurt der vom Präventionsprinzip beherrschten Doktrin u. Gesetzgebung die Inkonsequenz zwischen den Bestimmungen über das fortges. Verbrechen u. denen über den Rückfall aufweist. Zuletzt will übrigens auch er wenigstens für viele Fälle des fortges. Verbrechens eine mildere Behandlung auf einem Umweg (S. 429. 430) herbeigeführt wissen.

5) Krug S. 9 ff. vgl. Weiß S. 207—210. Schwarze in den krit. Jahrb. VII. 686 ff. Breidenbach I. 2. S. 644. 645.

einem die Eigenthümlichkeit des Begriffs des fortgesetzten Verbrechens fast ganz absorbirenden Gesichtspunkte, d. h. von der Ueberzeugung ausgeht, daß eigentlich sämmtliche mehrfachen Verbrechen Eines Individuums, auch die verschiedenartigsten, als Ein Ganzes aufgefaßt werden sollten. — Eine siebente Ansicht erscheint als Potenzirung der dritten, dahin gehend, daß es für die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens eine ganze Reihe von Kriterien gebe (Einheit der Zeit, des Orts und der Gelegenheit, Gleichheit der Begehungsart, Einheit des Mittels zur Ausführung, Einheit des Gegenstandes, zusammenhängende Reihenfolge, Einheit des besondern und dauernden persönlichen Verhältnisses, Einheit der Triebfeder, des Zwecks, des Entschlusses), daß aber keines derselben allgemein zutreffend und durchgreifend sei, vielmehr alle nur als Anhaltspunkte des richterlichen Ermessens dienen können. Indessen wird beigefügt, daß als die wichtigsten jener Kriterien die Einheit des Entschlusses und die Beziehung auf das nämliche besondere und dauernde persönliche Verhältniß anzusehen sein dürften [1]. — Dagegen wurde im Laufe der Zeit die Theorie, wie sie schon von Anfang an (in der ersten und zweiten Ansicht) angebahnt vorlag, dahin abgeschlossen, daß zum fortgesetzten Verbrechen Einheit auf der subjektiven und auf der objektiven Seite gehöre [2]. Dies ist denn auch das Richtige; nur bedarf es einer genaueren Bestimmung [3]. Das Hauptmoment ist ohne Zweifel die Einheit des Entschlusses in dem o. a. Sinne, daß kein Akt zur Fortsetzung gerechnet werden darf, der auf einem neuen (nicht schon in dem früheren enthaltenen und seitdem festgehaltenen) oder auf einem nach aufgegebener Absicht neugebildeten Entschlusse beruht [4]. Wo dieses Moment fehlt, ist nie von Fortsetzung zu reden [5]. Nach ihm hat die ganze bisherige wissenschaftliche Entwicklung gerungen; die Skeptik hat nur zu der hier gegebenen genaueren Bestimmung geführt, und die Eklektiker führen es wenigstens als Hauptkriterium auf. Allerdings aber führt es, einseitig festgehalten, zur bodenlosesten Willkühr, sofern es in das Belieben des Verbrechers gestellt wäre, alle wiederholten Verbrechen durch die Behauptung Eines Generalentschlusses zu decken [6]. Es muß daher nothwendig auch an der objektiven Seite das Moment der Einheit gesetzt sein. Von selbst versteht sich hier vor Allem, daß die mehreren verbrecherischen

1) Bauer Abh. II. 28—41. vgl. Temme Krit. d. preuß. Entw. 1843. I. 201 ff. Hufnagel III. 152—154. Strafgb. m. Anm. S. 114. 498.

2) Mittermaier in den Annal. Marezoll S. 195. 196. N. Rev. a. a. O. vgl. im Wesentlichen auch Breidenbach u. Leonhardt a. a. O. u. v. Bothmer Erörter. I. 141 ff. vgl. Mittermaier §. 128 a. z. F. Waser a. a. O. v. Jagemann a. a. O. S. 227—235.

3) Gegen Mittermaier Annal. s. treffende Einwendungen bei Krug S. 13—15. Sehr unvollkommen ist die Darstellung bei Marezoll und noch mehr bei v. Jagemann.

4) daher kein Incest mit der zweiten Tochter nach einem solchen mit der ersten; kein erst wieder angeknüpftes ehebrecherisches Verhältniß. vgl. Krug S. 51—55. Breidenbach S. 558. Weiß S. 208. nr. 3.

5) Daher ist die Ansicht von Bauer Anm. I. 600 ob. 602 ob. falsch (vgl. Leonhardt I. 468, der hier richtig von einem Gesammtbeschlusse redet); ebenso die von Breidenbach S. 557, welcher das Moment der kontinuirlichen Einheit des Entschlusses in zu beschränktem Sinne auffaßt, ebenso von Weiß S. 208. nr. 6, der sich übrigens selbst widerspricht.

6) Eben diese bodenlose Willkühr wird zum Prinzip erhoben von Sander, dem Ausdruck nach auch von Krug, der jedoch wesentliche Beschränkungen anbringt. Unklar wenigstens ist Breidenbach S. 550—554; ganz falsch v. Jagemann S. 231—235.

Akte gleichartige sein müssen, und zwar im strengen Sinne [1]). Daher kann nie von fortgesetzten Verbrechen die Rede sein, wo ein Verbrechen als Mittel oder Folge eines andern davon verschiedenen verübt wird [2]). Nur freilich dürfen bloß verschiedene Stufen eines Verbrechens nicht als verschiedene Verbrechen betrachtet werden. Nun fragt sich aber eben, wie die Einheit an der objektiven Seite bestimmt werden soll? Mit Recht hat man die Forderung der Identität des verletzten Objekts (Person oder Gegenstand) aufgegeben, sofern diese mit einer (auch jetzt noch kursirenden) irrigen Vorstellung über das wahre Objekt vieler Verbrechen zusammenhieng [3]) (s. jedoch unten). Ebensowenig genügt aber die Einheit des Orts, der Zeit oder der Gelegenheit, oder die Gleichheit der Begehungsart mehrerer Uebertretungen, da unter diesen Voraussetzungen ebensowohl wiederholtes Verbrechen, resp. ideale Konkurrenz, als fortgesetztes Verbrechen vorliegen kann [4]). Eher ließe sich die zusammenhängende Reihenfolge der mehreren Akte hören [5]); indessen ist auch sie jedenfalls nur eine Konsequenz der geforderten objektiven Einheit. Auch die Einheit des Mittels zur Ausführung (eine von der Fälschung behufs des Betrugs abstrahirte Bestimmung) genügt an sich nicht, da sie in vielen Fällen nicht zutrifft und, wo sie zutrifft, nicht den entscheidenden Grund bildet [6]). Wird nun gesagt, die mehreren Akte müssen als Bestandtheile oder Stufen derselben Handlung erscheinen [7]), so liegt darin eine petitio principii und zugleich die Aufhebung des Unterschieds zwischen einfachen und fortgesetzten Verbrechen [8]). Ebenso unvollkommen ist das Kriterium der Beziehung auf ein dauerndes gleiches Verhältniß [9]). So allgemein gehalten, ist der Ausdruck unendlich vag und giebt gar keine Grenze an [10]). Es müßte wenigstens ein dauerndes objektives Verhältniß von rechtlicher Bedeutung gefordert werden [11]). Allein man kann den

---

1) A. M. Krug, der aber hiemit, wie er selbst (S. 13) zugiebt, aus der Sphäre des Begriffs des fortgesetzten Verbrechens geradezu heraustritt, sofort jedoch aus einem nicht mehr juristischen, sondern moralischen Gesichtspunkte argumentirt. s. auch N. Jahrb. VII. 8 ff. Auch Sander nimmt die Gleichartigkeit schon zu weit. Solche Willkührlichkeiten dienen aber nur dazu, den Begriff des fortges. Verbrechens aufzulösen, ohne daß die Lehre von der Konkurrenz überhaupt einen reellen Gewinn davon hätte.

2) A. M. Krug S. 17—20. 34—40 (dem freilich die sächs. Praxis Recht giebt). s. dag. z. B. Breidenbach S. 548. 549. Leonhardt S. 470. Waser S. 24.

3) vgl. Mittermaier in d. Annal. S. 4—6. Trefurt S. 427. 428. N. Rev. S. 888.

4) Eigentlich giebt dies Bauer Abh. II. 33 selbst zu (s. übr. auch Schröter u. Henke). Daher ist unrichtig, was v. Jagemann S. 227—231 sagt.

5) Bauer eb. S. 35. 36. vgl. die wirt. Verhandl. N. Rev. S. 889.

6) Mittermaier N. Arch. II. 252. 253. Annal. S. 10. Bauer Abh. II. 34. vgl. Trefurt b. Thilo S. 189 (wo übrigens die Argumentation sophistisch ist).

7) Bauer Anm. I. 601. 602. und mit ihm das hannövr., braunschw. u. thüring. GB.

8) v. Kapff a. a. O. S. 73. N. Rev. S. 890.

9) Mittermaier N. Arch. II. 253. 254. Bauer Anm. I. 601. Abh. II. 36. Breidenbach I. 2. S. 555—559. Marezoll S. 195. 196.

10) v. Kapff a. a. O. S. 74. 75. Mittermaier §. 128 a. z. F. n. 8. v. Bothmer Erört. I. 142. 143. Leonhardt I. 464—468.

11) N. Rev. S. 891. Der Ausweg, den v. Bothmer u. Leonhardt nehmen, — das Verbrechen müsse wider das Verhältniß selbst gerichtet sein, dieses gewissermaßen die Form der Begehung des Verbrechens darstellen, — führt immer noch viel zu weit, da hiernach alle Bandenverbrechen, alle gemischten Dienstverbrechen rc. als bloß fort-

schiefen und stets zu Verwirrung führenden Ausdruck ganz entbehren. Endlich bleibt nämlich doch nur die Einheit am Objekt übrig, und es ist nur nöthig, sich bei einer Reihe von Verbrechen das wahre Objekt klar zu machen. Es giebt nämlich eine ganze Klasse von Delikten, bei denen der Akt, noch so oft wiederholt, an sich das Objekt des Verbrechens nicht wachsen macht, so die Verletzung der ehelichen Treue in Beziehung auf eine bestimmte Ehe, die Verletzung der natürlichen Sittlichkeit durch geschlechtlichen Umgang mit einer blutsverwandten Person, die Verletzung der Treue gegenüber einem bestimmten Klienten, die Defraudation eines Beamten hinsichtlich einer bestimmten Kasse [1]), die Vorzeigung eines falschen Passes bei verschiedenen Behörden [2]). Hier können also unbestimmt viele Akte doch nur Ein Verbrechen darstellen, sobald es an der Einheit des Entschlusses nicht fehlt [3]). Ebenso haben die Verbrechen gegen das Eigenthum keine schlechthin bestimmte quantitative Grenze, wie sie denen gegen die unmittelbare Persönlichkeit zukommt. Während daher Tödtung, Körperverletzung, Injurie, Freiheitsberaubung zwar gegenüber Einer Person, nie aber gegenüber von Mehreren fortgesetzt werden kann [4]), so kann ein Diebstahl am Eigenthum verschiedener Personen (z. B. Leinwand von einer Bleiche), ein Betrug an Mehreren mit falschem Maß rc. als fortgesetztes Verbrechen erscheinen. Um nun bei beiden Klassen von Delikten die Grenze zwischen der Einheit und Mehrheit des Objekts zu finden, ist darauf zu sehen, ob an dem Gegenstande der Handlung eine solche Qualität vorhanden ist, daß es glaublich gefunden werden kann, der Thäter habe die verschiedenen Akte in die Einheit Eines Entschlusses zusammengefaßt. Es darf also die Vorstellung einer solchen Totalität nicht bloß in dem subjektiven Belieben des Thäters begründet sein, sondern dieselbe muß sich unabhängig hievon an dem Objekte vorfinden [5]). Mithin sind alle gleichzeitigen Beschlüsse zu Verbrechen gegen die unmittelbare Persönlichkeit an verschiedenen Personen auszuscheiden [6]).

---

gesetzte Delikte erscheinen würden. — Die französ. Jurisprudenz bietet in dieser ganzen Lehre wenig Anhalt, da in der Lehre von der Konkurrenz selbst der Begriff des fortges. Verbrechens ganz unpraktisch ist. Nur in Betreff der Verjährung werden délits successifs (die aber von den fortdauernden nicht genau unterschieden werden) den délits collectifs entgegengestellt, aber ohne feste Prinzipien. vgl. Mangin traité de l'action publ. II. p. 161 sq. Rauter traité II. p. 227 sq. Hélie traité de l'instr. crim. III. p. 704 sq. Hoorebeke traité des préscriptions p. 67 sq. Cousturier traité de la préscription p. 162 sq.

1) Von diesen Fällen sind die zwei ersten selbst von Trefurt (S. 429) nicht beanstandet; die beiden andern stehen aber unter der gleichen ratio legis.

2) A. M. Trefurt bei Thilo S. 189, jedoch mit Unrecht, da er das Objekt der Fälschung irriger Weise in der Täuschung des Individuums sieht, während es vielmehr in der Verletzung der fides publ. liegt. Bair. Strafger. II. 407—409. IV. 22 f. (?). 322 f. (? die Entscheidung in der Anm. S. 326 ist die richtige).

3) Hierher gehören auch die oftangef. mehreren Reden behufs Eines Aufruhrs, Hochverraths rc.

4) Daher sind die Fälle von Körperverletzung und Verläumdung bei Mittermaier in d. Annal. S. 5. 10 irrig entschieden, wogegen es allerdings ein fortges. Verbrechen ist, wenn jemand Eine Person durch successiv gegebene Dosen vergiftet.

5) N. Rev. S. 893.

6) Bauer Abh. II. 38 vgl. S. 33. Breidenbach I. 2. S. 551. Leonhardt I. 462. 463. Es fehlt nur meist an der Angabe des wahren Grundes, der in der Natur dieser Verbrechen liegt. N. Rev. S. 877. 892. Sonst könnte nicht Bauer S. 37 die Tödtung von Zwillingen hierher stellen. Noch weiter geht Krug S. 55. 56.

Ebenso der Beschluß, verschiedene solche Verbrechen gegen Eine Person zu begehen [1]; ja sogar der Beschluß, ein und dasselbe solche Verbrechen successiv mehrfach an Einer Person zu begehen [2] (nicht zu verwechseln mit mehrfachen mißglückten Versuchen eines solchen Verbrechens [3], resp. einer Vergiftung durch vertheilte Dosen). Was ferner die gegen das Eigenthum gerichteten Verbrechen betrifft, so ist es bei diesen ganz besonders nöthig, das Moment der Einheit nicht von der vom Thäter bloß behaupteten Einheit des Entschlusses abhängig zu machen [4], oder gar von Einheit des Zwecks zu reden [5], der überall in der Rechtssphäre keine Geltung hat. Daher ist es nicht fortges. Verbrechen, wenn Jemand sich nach und nach Reisegeld nach Amerika, Geld um ein Haus zu bauen rc. zusammenstiehlt [6], wohl aber wenn er einen Schrank in seinen einzelnen Theilen nach und nach stiehlt, eine Chatouille, zu der er sich den Schlüssel verschafft hat, nach und nach ausleert, Leinwand von einer Bleiche nach und nach fortträgt. Natürlich kann hier keine absolute Grenze a priori gesetzt werden. Der einzelne Fall muß ergeben [7], ob die Beschaffenheit des Objekts es zuließ, daß der Thäter sich die mehreren Akte mit Fug als Eine Unternehmung denken konnte [8]. Und natürlich darf [9] bei bewiesenem Gegentheile nicht die Einheit des Entschlusses bloß fingirt werden! Dem Diebstahl gleich zu behandeln sind die Unterschlagung und Eigenthumsbeschädigung, dagegen nicht der Raub, weil er wesentlich mit ein

---

1) Bauer Abh. II. 37 ob. A. M. Krug S. 55.

2) Breidenbach u. Leonhardt a. a. O. Krug S. 41, der jedoch mit Unrecht von eventuellem Entschluß, eine Prügelei fortzusetzen spricht, wenn die erste nicht nach Wunsch ausgefallen ist, und sofort bei der Wiederholung Einheit des Beschlusses (?) annimmt, und S. 40 vollends ganz unzuläßige Behauptungen aufstellt. s. übr. auch S. 47. n. 71.

3) Krug S. 42 ob. s. auch Schröter, Henke, Mittermaier rc. A. M. Breidenbach S. 569, der indessen mit dem Recht hat, was er über den freiwillig aufgegebenen Versuch bemerkt.

4) Irrthümlich ist es jedoch, wenn Breidenbach S. 549. 550 dem Thäter die Beweislast auflegt.

5) wie Bauer Abh. II. 37 und bes. Krug S. 40 f., der aber allerdings bemüht ist, Schranken zu setzen, was dagegen Sander freilich unterlassen konnte!

6) s. auch Krug S. 42. 43 (der aber hier hins. der unbemittelten Ehefrau mit Unrecht eine Ausnahme macht. Der Fehler ist eben, daß er überhaupt vom Zweck aus argumentirt). Ebensowenig glücklich ist die Unterscheidung von unerlaubtem und anderweitigem erlaubtem Zweck bei Breidenbach S. 550—554, ja geradezu falsch; doch bringt er wenigstens noch eine etwas bessere zwischen bestimmtem und vagem Zweck nach. Besser v. Bothmer I. 141. Leonhardt I. 463. Die feinsten Bemerkungen liefert trotz des unrichtigen Ausgangspunkts Krug S. 47—50 (nur freilich wirft er hier Manches zusammen, was nicht zusammengehört, z. B. S. 48 Einheit des Mittels rc., und behandelt gerade die Hauptsache, die Einheit des Objekts, als Nebensache).

7) Als Beweismomente werden hier Einheit der Zeit und des Orts, Einheit der Gelegenheit und Kontinuität der Akte allerdings wichtig. v. Bothmer I. 142. Leonhardt I. 463. gegen Schlüter S. 85. n. 33. Daher auch die verschiedenen Ansichten über Hausdiebstahl. s. Leonhardt S. 464, u. die dort Angef. Bauer Abh. II. 36. Krug S. 48. 50. 56. v. Bothmer II. 297—306.

8) Krug S. 47—50. Mit den 2 reichsten Bauern und den mehreren Fuhrleuten S. 50 geht er offenbar zu weit. Das sind sehr willkührliche objektive Einheiten!

9) Dadurch widerlegen sich einfach die Einwendungen von Trefurt bei Thilo S. 189. 190. Allerdings sind auch die Beispiele in den Mot. S. 186 mehrentheils falsch gewählt, und sowohl der Gesichtspunkt der Regierung, als der der Kommissionsmehrheit ein mangelhafter. s. aber auch S. 178—180.

Angriff auf die unmittelbare Persönlichkeit ist [1]). Der Betrug steht in der Mitte; er hat den Charakter des Diebstahls und der Injurie zugleich. Daher ist er, wo er nicht durch das Mittel der Fälschung begangen wird, den Verbrechen gegen die Person gleich zu behandeln, d. h. es ist kein fortgesetzter Betrug an Mehreren anzunehmen [2]), allerdings dagegen an derselben Person, und zwar wird hier die Einheit des Objekts durch die Identität der Vorspiegelungssphäre vertreten (z. B. fortges. Betrug mittelst Benützung des Aberglaubens, der verliebten Neigung einer Person ꝛc.) [3]). Wo dagegen auf eine Fälschung hin betrogen wird (mit falschem Maß und Gewicht, gefälschtem Wein ꝛc.), da wiegt der Charakter des Eigenthumsverbrechens vor, und das Delikt kann auch gegenüber einer Vielheit von Personen als fortgesetztes erscheinen. Die Einheit liegt hier in der Einen Fälschung, deren Ausbeutung eben der fortgesetzte Betrug bildet und welche in allen Wiederholungen nur diese Eine Verletzung der fides publica bleibt [4]). Eben dies Letztere tritt dann auch beim Ehebruch, Incest, der Päderastie u. dgl., der Prävarikation, der Veruntreuung eines Kassenbeamten u. s. f. ein. Auch hier ist das Objekt des Verbrechens (die Pflichtverletzung) nicht mit dem Einen Akte abgeschlossen, sondern läßt seiner Natur nach eine Mehrheit von Akten zu. Um aber hier eine Mehrheit von Akten als Einem Entschlusse angehörig gelten lassen zu können, muß Begehung der Unzucht mit Einer Person [5]), Prävarikation an Einem Klienten [6]), Veruntreuung an Einer Kasse, Mißhandlung desselben Amtsuntergebenen ꝛc. [7]), nachgewiesen sein. — Wenn nun endlich von Einigen auch in Beziehung auf kulpose Handlungen fortgesetztes Verbrechen angenommen wird [8]), so liegt darin ein innerer Widerspruch, da die culpa gerade das Eine wesentliche Moment für den Begriff des fortgesetzten Verbrechens, die Einheit des Entschlusses ausschließt [9]).

---

1) vgl. Krug S. 47. n. 71.

2) A. M. Mittermaier N. Arch. S. 253. unter f. Der Betrüger muß bei jedem neuen Opfer seiner Schlauheit auf's Neue ansetzen (anders wenn er auf eine falsche Sache hin betrügt).

3) Dabei kann als Mittel zu diesem Betrug fortgesetzte Fälschung, fortgesetzter Meineid ꝛc. konkurriren; aber diese Mittel wachsen nicht mit dem Betrug zu Einem Verbrechen zusammen.

4) Eben dies ist in der Polemik b. Thilo S. 189 übersehen. Der Fall wird aber durchgängig nicht von dem richtigen Gesichtspunkt aus aufgefaßt. s. z. B. Mittermaier N. Arch. S. 252. 253. Bauer Abh. II. 34. Krug S. 48. vgl. übr. Leonhardt S. 467.

5) A. M. Mittermaier in d. Annal. S. 9. Leonhardt S. 465. s. dag. Mittermaier im Arch. S. 249. Henke I. 613. Bauer Abh. II. 36. Marezoll S. 196. n. 2. Breidenbach S. 558. Krug S. 51—55.

6) Bauer Abh. II. 36. Krug S. 40.

7) Damit erledigt sich die bei Leonhardt S. 467. 468 hervorgehobene Schwierigkeit. Krug S. 57 läßt es auf die Einheit des Motivs ankommen (?).

8) Mittermaier in d. Annal. S. 11. Breidenbach S. 554. 555 (vielleicht nur auf Grund des GB). Krug S. 57. Wenn dieser S. 17 mit Mittermaier auch Henke u. Martin, d. h. Schröter zusammenstellt, so ist dies höchst ungenau. Gerade die letztere Ansicht nimmt bei mehreren Folgen Einer kulp. Handlung nur Ein Verbrechen an! Schröter §. 154. Martin §. 64. n. 14. Ganz verkehrte Ansichten hat v. Jagemann S. 235—237.

9) N. Rev. S. 893—895. vgl. Schröter a. a. O. Trefurt S. 425. Leonhardt S. 470. 471. Die irrige Ansicht ist in das hess. u. bad. GB. übergegangen.

2) Das gemeine Recht in der Lehre von der Konkurrenz beruht fast ganz auf dem römischen [1]), welches jedoch in der Doktrin dadurch große Verwirrung hervorbrachte, daß man die Grundsätze über Konkurrenz mehrerer Verbrechen und die Grundsätze über die Konkurrenz mehrerer Klagen (resp. Strafen) wegen Eines Delikts nicht gehörig zu scheiden wußte [2]), was freilich um so eher möglich war, weil nach der römischen Anschauung selbst die Grenzen zum Theil in einander liefen [3]). — Die Lehre von der Konkurrenz konnte sich in Rom überhaupt erst [4]) mit dem Aufkommen der extraordinaria cognitio ausbilden, da die Quästionen je nur für die bestimmten in der besonderen lex enthaltenen Verbrechen kompetent waren [5]). Dagegen geschah es in den Gerichten des Kaisers und Senats und der Beamten, welche allmählig an die Stelle der Quästionen traten [6]). Hier wurde die gemeinschaftliche Untersuchung und Bestrafung mehrerer konkurrirenden Verbrechen möglich und sogar zur Regel (wenn auch nicht zur ausschließlichen, da nach dem herrschenden Anklageverfahren auch jetzt in getrennten Prozessen verhandelt werden konnte) [7]). Indessen hatte dies auf die materielle Beurtheilung der konkurrirenden Verbrechen keinen Einfluß. Denn hiefür galt das Prinzip quot delicta tot poenae, das nur an der Unausführbarkeit der Strafhäufung seine Grenzen fand. Letzteren Falls mußte man sich zu bloßer Schärfung der schwersten Strafe bequemen [8]). Nur vom Gerichte des Kaisers und Senats weiß man, daß sie an jene Regel sich nicht banden [9]). Und zwar galt jenes Prinzip ganz allgemein für die ideale, wie für die reale Konkurrenz, für das öffentliche, wie für das Privatstrafrecht [10]). Namentlich ist auch der moderne Begriff des fortgesetzten

1) Cujaz. Obs. VIII, 24. Matth. 47, 1, 4. 4, 3. Finestres Comm. ad Hermog. ep. jur. ad l. 32 de O. et A. 1757. p. 601 sq. Bosch-Kemper de indole j. crim. apud Rom. p. 188 sq. Platner quaest. p. 147 sq. Rein S. 244 ff. vgl. die oben über die Konkurrenz überhaupt Angeff.

2) so namentlich noch Roßhirt Entw. S. 103 ff. v. Savigny System V. 237 ff.

3) s. dag. namentlich die Diss. von Schröter und nach ihm die meisten Neueren.

4) Die Komitien waren an eine certa lex nicht gebunden. Quinctil. inst. III, 10, 1. Aber es entwickelte sich darüber keine Theorie.

5) Quinctil. l. c. u. Declam. 319. 326. Cic. de invent. II. 19. ad Quint. fratr. II, 3 sq. III, 2 sq. Ascon. in Cic. p. Mil. p. 39 sq. Orell. Ofenbrüggen zur Rede p. Mil. S. 22 ff. 51 ff. vgl. Ferrat. epist. I, 7. u. Rein S. 247 n. **

6) Quinctil. inst. l. c. Tac. An. II, 50. III, 22. 38. 67. IV, 21. 52. u. sonst. Plin. epist. VII, 6. 8. L. 9 C. de accusat. (9. 2). Schulting Comm. acad. I. p. 100. Geib Gesch. d. röm. Krim.proz. S. 654. 655.

7) Die l. 9 C. cit. bezieht sich bloß auf ideale Konkurrenz. — A. M. scheint Geib; vgl. aber Rein S. 248. Umgekehrt läugnet Roßhirt Entw. S. 107 die Regel; s. aber auch S. 130.

8) L. 6 C. ad l. Jul. de vi (9. 12). l. 5 D. de quaest. (48. 18). l. 28 §. 10 D. de poen. (48. 19). l. un. pr. C. de rapt. virg. (9. 13).

9) Geib behauptet es auch von den übrigen Gerichten, s. S. 656, was aber bloß den Werth einer Vermuthung hat.

10) L. 2 pr. §. 1—5 D. de priv. del. (47. 1). l. 7 §. 5 D. de accusat. (48. 2). l. 9 C. eod. (9. 2). vgl. l. 11 §. 2 D. de serv. corr. (9. 3). l. 32 §. 1 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 14 §. 1 D. de praescr. verb. (19. 5). l. 1 §. 9. l. 18 §. 2. l. 41 D. de injur. (47. 10). l. 46 §. 9. l. 56 pr. D. de furt. (47. 2). l. 20 C. eod. (6. 2). l. 5 D. de extraord. crim. (47. 11). vgl. übr. v. Savigny Syst. V. 238 ff. u. dag. Rein S. 249 n. **. Gänzlich falsch Sander S. 286. 287. u. nach ihm v. Jagemann N. Arch. 1849. S. 223.

Verbrechens (s. Anm. 1) dem römischen Rechte ganz fremd, sowohl in der älteren, noch von Feuerbach festgehaltenen Auffassung, wo er von dem des wiederholten Verbrechens keineswegs gehörig geschieden war [1]), als in der jetzt herkömmlichen [2]). — Von den Grundsätzen über die Bestrafung konkurrirender Verbrechen sind nun aber wohl zu trennen die Bestimmungen über die Konkurrenz mehrerer Klagen (und Strafen) bei einem und demselben Verbrechen [3]). Gewiß ist hier, daß mehrere öffentliche Strafklagen hier nur elektiv konkurrirten [4]), vorausgesetzt nur eben, daß in der einen Handlung nur der Thatbestand Eines Verbrechens lag, das aber unter verschiedene Gesetze rubrizirt werden konnte [5]). Dagegen war die Frage weit schwieriger bei den Klagen auf Privatstrafe, eben wegen ihrer Zwitternatur. Trafen mehrere Klagen auf Privatstrafe zusammen, so hätte die Konsequenz verlangt, daß, wenn nur eben in der Handlung nicht verschiedene Delikte gefunden werden konnten, die eine Klage die andre hätte ausschließen müssen [6]). Allein eben wegen jener Zwitternatur entschied man sich vielmehr dahin, in solchem Falle mehrere Klagen zuzulassen, jedoch so, daß mit allen zusammen nur soviel erlangt werden konnte, als wenn man die auf das höchste Strafquantum gehende Klage allein angestellt hätte [7]). Und zwar galt dies sowohl wenn reine Pönalklagen, als wenn solche und actiones mixtae konkurrirten, und war in der That der richtigste Ausweg, um den Grundsatz der absoluten Gerechtigkeit, wie er im öffentlichen Strafrecht galt, mit dem im Privatstrafrecht vorherrschenden Interesse der Genugthuung an den Verletzten in Einklang zu bringen [8]).

---

1) Man berief sich mit Unrecht auf l. 67 §. 2 D. de furt. (47. 2). Savigny D. p. 9. Schröter D. §. 8. Mittermaier N. Arch. II. 250. Wächter I. S. 255. 256. Es ist jedoch nicht minder unrichtig, wenn Schröter Hdb. §. 165, Henke I. 613 u. A. den Fall der l. 67 §. 2 zum fortges. Verbr. im neueren Sinn rechnen und diesen Begriff hiemit dem röm. Recht unterschieben, in welchem der Grund, warum hier nur Eine Klage stattfand, ein ganz andrer war. Krug S. 39. 40.

2) A. M. Schröter, Henke s. vor. Not. u. Wächter in Hinsicht auf den Ehebruch I. S. 250 unt. 253. n. 100 i. A.

3) Schröter Hdb. S. 204—206. v. Savigny Syst. V. 204 f. Rein S. 251—261. Kierulff Civilrecht I. 241 ff. Göschen Vorlesungen üb. d. CivilR. I. §. 156—159. Wächter Wirt. Priv.R. II. 455 ff.

4) L. 14 D. de accus. (48. 2). Suet. Tit. 8. Gegen v. Savigny V. 207. 251 f. Platner p. 148. vgl. Wafelaer p. 36.

5) Roßhirt Entw. S. 128—133. Platner p. 147—150. Es ist hier nicht Alles ganz klar, eben wegen des systemlosen u. fragmentarischen Zustands der Gesetzgebung. Platner p. 151—153.

6) Rein findet dies auch wirklich ausgesprochen in l. 53 pr. D. de O. et A. (44. 7). u. l. 43 §. 1 D. de R. J. (50. 17). l. 6 §. 4 D. naut. caup. (4. 9). l. 4 §. 3 D. de nox. act. (9. 4) u. l. 9 D. de arb. furt. caes. (47. 7). Die letztere Stelle gehört jedoch jedenfalls nicht hierher, und die beiden ersteren werden von Andern anders ausgelegt. vgl. Schröter S. 205. Roßhirt S. 119. 120, u. wieder ganz anders v. Savigny V. 238 f. Wafelaer p. 22. Bosch-Kemper p. 196 sq. Ueber ältere Ansichten s. Savigny Diss. p. 42—46.

7) L. 41 §. 1 D. de O. et A. (44. 7) u. l. 34 pr. eod. L. 1 D. vi bon. rapt. (47. 8). L. 88 D. de furt. (47. 2). L. 1. 11 D. de arb. furt. caes. (47. 7). L. 47 D. ad l. Aqu. (9. 2). j. l. 32 D. de O. et A. (44. 7). l. 60 D. eod. u. l. 130 D. de R. J. (50. 17). vgl. Schröter S. 204. Rein S. 257. 258.

8) A. M. v. Savigny V. 237 f. (der die Verbrechenskonkurrenz einmischt). s. dag. auch Göschen a. a. O. S. 454 f. 460 f. Schrader Inst. p. 690. vgl. auch

Strafen dagegen öffentliche Strafklagen mit Privatstrafklagen zusammen, so ist gewiß, daß die Strafen der crimina ordinaria mit Privatstrafen kumulirt werden konnten, wenn es bei diesen de re familiari sich handelte [1]). War letzteres nicht der Fall, so war die Konkurrenz eine elektive [2]). Handelte es sich dagegen um ein crimen extraordinarium, so ist es bestritten, ob kumulative oder elektive Konkurrenz die Regel ausmachte [3]). Nach dem gleichen Prinzip konnten endlich natürlich auch Privatstrafklagen mit reinen Privatentschädigungsklagen kumulirt werden [4]). Von diesen Bestimmungen des römischen Rechts sind jedoch alle diejenigen, welche sich auf reine oder gemischte Privatstrafklagen beziehen, antiquirt [5]). Nach heutigem Rechte beschränkt sich die ganze Lehre auf die zwei Sätze, daß ein einfaches Verbrechen nur einfach bestraft werden darf und daß die öffentliche Bestrafung die Schadensersatzforderung nicht ausschließt. Indessen ist natürlich durch den ersteren Satz eine Mehrheit von Strafübeln, wenn diese von dem Gesetze für den betr. Fall kopulativ angedroht sind, nicht ausgeschlossen (z. B. Freiheits- und Ehrenstrafe, oder öffentliche Strafe und Stellung unter polizeiliche Aufsicht, öffentliche Strafe und ein Privatrechtsnachtheil). — An den Grundsätzen des römischen Rechts über Konkurrenz der Verbrechen hat das kanonische lediglich nichts geändert [6]). Desgleichen wurde der Grundsatz quot delicta tot poenae

---

noch Thibaut civil. Abh. S. 180 f. Keller Litiskontest. §. 50. 55. v. Vangerow Pandekt. III. §. 572. Wächter W. Priv.R. II. 462—464. n. 11. 12.

1) L. 4 D. de publ. jud. (48. 1). l. un. C. quando civ. act. (9. 31). L. 13 j. 3 D. ad l. Jul. pec. (48. 13). L. 23 §. 9 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 1 §. 2 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). L. 2 §. 1 D. de vi bon. rapt. (47. 8). l. 3 §. 2 D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6) u. l. 7 C. eod. (9. 12). — L. 25 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 9 §. 2 D. de dolo (4. 3). — l. 7 §. 1 D. de injur. (47. 10). j. l. 2 §. 4 D. de collat. (37. 6). A. M. J. Gothofr. ad C. Th. 9. 20. Dagegen jetzt und früher die comm. op. s. Wächter I. S. 259 u. jetzt auch Roßhirt Entw. S. 134.

2) Nach l. un. C. quando civ. act. (9. 31) u. l. 7 §. 1 D. de inj. (47. 10). Cujaz Obs. XX. 26. u. paratitila zu C. 9. 31. Finestres l. c. §. 77. 88. Auf die Injurien beschränken es Savigny Diss. p. 94 sq. Gruner in Martin Coll. I. p. 112 sq. c. 3. Roßhirt S. 137. — Ueber die elektive Konkurrenz der Strafklage u. der actio de moribus beim adulterium vor Justinian (anomal) s. Savigny p. 100. Platner p. 155. vgl. überh. diesen p. 153—161.

3) Für ersteres l. 9 §. 5 j. l. 1 §. 2. l. 12 pr. D. de publican. (39. 4). l. 5 D. de extraord. crim. (47. 11). vgl. l. 9—11 D. de sep. viol. (47. 12). l. 1 D. de concuss. (47. 13). j. l. 3 C. de cond. ob turp. caus. (4. 7) ꝛc. Savigny Diss. p. 114—116. Für letzteres l. 56 §. 1 D. de furt. (47. 2). Finestres §. 87. 89. Gruner l. c. p. 122. 123. s. jed. p. 124. vgl. Platner p. 161—168.

4) L. 7 §. 1 D. de condict. furt. (13. 1). l. 5 §. 2 D. ad l. Aqu. (9. 2). l. 29 pr. D. depos. (16. 3). l. 5 §. 8 D. commod. (13. 6). l. 22. §. 7 D. mand. (17. 1). l. 45 D. pro soc. (17. 2). l. 54 §. 3 D. de furt. (47. 2). Dag. stellt Rein S. 261 (vgl. v. Savigny V. 233) die l. 15 §. 46 D. de inj. (47. 10) mit Unrecht hierher (Schröter S. 206 Note), ebenso die l. 6 pr. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5), soweit sie das stuprum betrifft. s. l. 34. pr. D. de O. et A. (44. 7). L. 2 §. 3 D. de priv. del. (47. 1). l. 2 §. 26 D. vi bon. rapt. (47. 8). l. 7 §. 1 D. commod. (13. 6). Wächter W. Priv.R. a. a. O. n. 3. 11. 12.

5) Eine Ausnahme macht das wirt. Ges. üb. privatrechtl. Folgen. Art. 17 (die actio injur. aestim. konkurrirt elektiv mit der Klage auf öffentliche Strafe). — A. M. Roßhirt Entw. S. 146.

6) c. 27 X de sent. excomm. (5. 39). c. 1 X de poen. (5. 37).

von der italienischen Jurisprudenz durchaus als Regel festgehalten [1]). Ja diese gieng zum Theil soweit, daß sie ihn nicht nur in Fällen, die man jetzt als bloß fortgesetztes Verbrechen ansieht [2]), sondern selbst in solchen Fällen anwandte, wo in Wahrheit nur Ein einfaches Verbrechen vorliegt (wenn Jemand einen Andern gleichzeitig mehrfach verwundet, injuriirt, oder verwundet und sofort tödtet [3]); ja sogar, wenn er mit einem zweizackigen Instrument gleichzeitig zwei Wunden beibringt) [4]). Allein dieser Rigorismus war keineswegs allgemein anerkannt. Vielmehr wurde in den letztgenannten Fällen von den Meisten nur Ein, wenn auch erschwertes, Verbrechen angenommen, so namentlich bei einer gleichzeitigen Häufung von Injurien [5]) oder Blasphemieen [6]); — bei einer uno impetu verübten mehrfachen Verwundung und Tödtung [7]). Es wurde ferner mit Recht geltend gemacht, daß in Einem Delikt nicht noch dessen einzelne Bestandtheile besonders gewürdigt und bestraft werden dürfen, z. B. bei einer Verwundung das Führen einer Waffe und der insultus [8]). Man gieng aber auch weiter und behauptete, daß bei mehrfacher Qualifikation Eines Delikts nur wegen Einer Qualifikation gestraft werden dürfe [9]). Ja noch mehr, selbst bei wirklicher idealer Konkurrenz, wo das eine Delikt keineswegs zum Thatbestande des andern gehörte, wurde theilweise die Zufügung der bloßen poena major mit Schärfung vertheidigt [10]). Und zwar wurde in allen diesen Fällen, selbst mit Berufung auf das römische Recht, bereits der Satz geltend gemacht, daß das größere Delikt das geringere absorbire [11]).

---

1) vgl. Wächter Lb. I. 250—256, dem Roßhirt Entw. S. 138 f., Marezoll S. 194. n. 2 folgen, der jedoch nach dem Folgenden sehr der Berichtigung bedarf.

2) namentlich bei fortgesetztem Ehebruch (Bartol. ad l. 21 D. de furt.), bei fortgesetzter Fälschung behufs der Gewinnung Eines Prozesses, bei fortgesetztem Verkauf von Wein zu einem gesetzlich verbotenen Preise (Bartol. ad l. 67. §. 2 D. eod.) ꝛc.

3) Dynus u. A., bes. Bartol. ad l. 2 D. de priv. del., der sagt, das Gegentheil annehmen hieße totum destruere mundum. Clar. §. fin. qu. 84. n. 2. 3. Alberic. Statut. lib. 2. qu. 41.

4) Clar. qu. 84. n. 3. vgl. übrigens Bajard. ad h. l. Farin. qu. 22. n. 12.

5) Dabei wollten einige aber doch wieder unterscheiden, ob die Injurien ejusdem od. diversi generis seien, und nur ersteren Falls die mildere Meinung zulassen. s. schon die Glosse, Bart. ad l. 15 §. 2 D. de injur. Alberic. l. c. qu. 39. Angel. u. August. v. verba injur. n. 6. Covarr. var. resol. II, 10. n. 8. v. 2.

6) Tib. Dec. VI. 5. n. 14. Caepoll. Cons. 76. 77. Boer. Dec. 30. n. 16. Auch hier wollten übr. Dynus, Albericus u. A. nach statut. Recht für jede, resp. jede gegen einen besondern Heiligen ausgestoßene Schmähung je die volle Strafe ausgesprochen wissen.

7) Bart. ad l. 2 D. de priv. del. Ang. ad l. 67 §. 2 D. de furt. Covarruv. l. c. Petr. a Plach. Epit. del. I. c. 1. n. 8. v. 3. Bertaz. Cons. II. 520. n. 1. Bei mehreren Verwundungen uno impetu wurde nach statut. Rechte ebenso gestritten, wie bei der Injurie und Blasphemie. s. Farinac. qu. 22. n. 6—15 (wo mehrere Mittelmeinungen angef. sind). s. auch Damhouder c. 77. n. 4. Angel. v. fecit insult. n. 2. August. ad h. l. u. Gandinus ib. cit.

8) Gloss. zu l. 9 C. de accus. u. Clar. u. A. bei Farin. ib. n. 20.

9) Aug. ad Ang. v. in platea n. 20. Clar. u. A. bei Farin. n. 21.

10) Farin. qu. 22. n. 22—25, selbst bei Konkurrenz verschiedener Verbrechen in verschiedenen Handlungen zu Einem Zweck.

11) Mit Unrecht läugnet dies Wächter a. a. O. s. z. B. Angel. v. fecit insult. n. 2. Decian. VI, 5. n. 14. Farin. n. 19. 21 und die hier Angeff. Allerdings hatte der Satz nur erst eine sehr beschränkte Bedeutung. s. indessen auch Farin. n. 32 u. die dort Angeff., welche ihn überall angewandt wissen wollen, wo durch die Wiederholung dem Verletzten kein neuer Schaden geschehe.

Besonders aber wurde bereits ein im Ganzen richtiger Anfang zu der wahren Würdigung des fortgesetzten Verbrechens im modernen Sinn gemacht, so beim Ehebruch [1]) und der Fälschung [2]). Hinsichtlich der Anwendung mehrerer wegen Konkurrenz verwirkter Strafen wurde es von den Meisten sehr streng genommen und namentlich die Regel aufgestellt, daß mit der kleinsten Strafe anzufangen, dann aber alle weiteren bis zur Todesstrafe zuzufügen seien, soweit es irgend physisch angehe [3]), jedoch gleichfalls nicht ohne Widerspruch (unter Aufstellung des Satzes: Poena maj. abs. minorem). — Hiernach ist es nicht richtig, wenn der Ursprung dieses Satzes in der ital. Jurisprudenz geläugnet wird [4]). Allerdings aber erhielt er eine erweiterte Geltung [5]) erst in der deutschen Doktrin u. besonders durch Karpzov [6]), obwohl auch dieser den Satz: quot-tot durchaus als Regel hinstellte. Denn er ließ nun gleichwohl in einer Reihe von Fällen den Satz: Poena major &c. zur Geltung kommen oder wollte doch nur die Strafe des schwersten Verbrechens mit Schärfung angewandt wissen. Die Doktrin der Italiener hatte ihn nämlich, wie er selbst gesteht, ganz verwirrt, und er half sich damit, daß er unter gänzlichem Verzicht auf alles Eingehen in das Innere der Sache [7]) sich lediglich an die Frage hielt, welche Strafen kompatibel seien und welche nicht, wobei er theils aus Farinacius, theils aus der sächs. Praxis schöpfte, welche noch bis in's 19te Jh. dem Grundsatz der Absorption, resp. der Schärfung der poena major treu geblieben [8]) ist. Eben durch diese Wendung der Doktrin wurde die Praxis nothwendig willkührlich, da Begriff und Arten der Konkurrenz gleichgiltig und unverständlich wurden, über die Kompatibilität der Strafen aber, wie die von C. bescheinigte Praxis zeigt, das subjektive Belieben

---

1) Gloss. z. l. 21 D. de furt. Baldus u. A. b. Farin. n. 17. 18. Schon zu sehr generalisirt erscheint der Satz b. Bertaz. Cons. I. 24. 25. II. 520.

2) Bart. ad l. 67 §. 2 D. de furt. Socin. Cons. 62. n. 8 sq. Covarruv. l. c. Bertaz. l. c. Farin. n. 26. 27.

3) s. das Nähere bei Farin. n. 30. 31., der die Rohheit dieser Ansicht sehr scharf tadelt und jedenfalls für die Todesstrafe den Grundsatz: poena major absorbet min. aufgestellt wissen will (wie es auch in Rom Regel sei), freilich aber in der Annahme der Inkompatibilität seinerseits zu weit geht. — Auch Heffter §. 164 zu n. 6 faßt die ital. Doktrin theilweise irrig auf; ebenso Mittermaier n. 1. z. F. §. 126.

4) Carpzov hat daher nicht so Unrecht, wie Wächter u. nach ihm Andre ihm vorwerfen. Ganz oberflächlich ist Roßhirt Entw. S. 138—141, der in blindem Vorurtheil für „die tiefe Philosophie" des röm. Rechts die ganze Arbeit der neueren Wissenschaft in Beziehung auf die gehörige Sonderung der Verbrechens- u. Klagenkonkurrenz und der Arten beider leichtfertig über Bord wirft.

5) Die Italiener brauchten ihn Anfangs nur in einem Fall bloß scheinbarer Konkurrenz, wo er wahr, aber ganz überflüssig erschien; doch blieben sie bereits hiebei nicht stehen.

6) qu. 132. Wächter hat nicht bemerkt, daß C. n. 11—17. u. 64 lediglich aus Farinac. abschreibt! K. legt also keineswegs den Italienern mit Unrecht etwas unter, und er eifert auch nicht gegen sie; er kommt nur nicht mit ihnen zurecht und giebt dem bei ihnen vorgefundenen Satze: Poena maj. etc. eine rohe und willkührliche Wendung, die jene freilich nicht verschuldet haben. Werthlos ist die, dogmengeschichtlich gänzlich oberflächliche, Polemik gegen diesen Grundsatz bei Sander S. 363 f. Bauer Abh. II. 54 f.

7) Auch Roßhirt schreibt es ohne allen Grund nach, daß Carpzov für die römische Regel geeifert habe. Er giebt sie vielmehr geradezu Preis!

8) Krug S. 4. vgl. Püttmann Elem. §. 33. 87.

entschied [1]). Daß aber die Praxis in dieser Willkühr sich forterhielt, bezeugen auch die späteren Schriftsteller durchaus [2]). Der Unterschied war nur, daß hier mehr, dort weniger Strenge herrschte, d. h. daß man hier in mehreren Fällen Kompatibilität annahm, dort in wenigeren. Weitaus die herrschende Regel war aber die der Absorption oder mindestens der bloßen Schärfung der poena major [3]). Hiegegen vermochte auch die Doktrin nichts, solang sie nur einfach die römische Regel entgegenhielt und etwa noch kriminalpolitische Bedenken aussprach, dabei aber die Lehre von der Sache selbst, d. h. der Konkurrenz der Verbrechen und Strafen ganz brach liegen ließ. Sie vermochte nur die von Carpzov geübte Willkühr ebenso willkührlich zu beschränken [4]). Und sie vermochte auch dies um so weniger mit Erfolg, da man nach und nach anfieng, für die Regel der Absorption die P.G.O. (Art. 108. 163) zu Hilfe zu nehmen [5]). Eine gründliche Verbesserung der in Anarchie gerathenen Lehre wurde daher erst dadurch angebahnt, daß man im 18. Jh. wieder den Begriff der Konkurrenz selbst in's Auge zu fassen und ihre verschiedenen Arten zu unterscheiden, namentlich auch auf die Eigenthümlichkeit des fortgesetzten Verbrechens zu reflektiren begann, d. h. daß man die Sache so wieder aufnahm, wie sie schon in der italienischen Jurisprudenz sich entwickelt hatte. Nur freilich blieben diese Versuche lange sehr unvollkommen [6]),

---

1) So wird z. B. als Regel aufgestellt, neben einer Todesstrafe könne eine zugleich verwirkte Leibesstrafe nicht stattfinden, gleichwohl aber bei verwirkten mehreren Todesstrafen eine Schärfung durch Griffe mit glühenden Zangen u. a. Martern zugelassen; es wird die Verbindang von Stäupung u. Handabhauen verworfen, dagegen die von Stäupung u. Fingerabhauen zugelassen u. s. f.

2) A. M. Wächter u. nach ihm Marezoll. s. aber bes. Leyser sp. 644. m. 3—5, der gesteht, er habe den Satz: poena maj. ꝛc. für ein Axiom der Praxis gehalten u. stets befolgt, bis er durch seinen großen Oheim Carpzov davon überzeugt worden sei, daß die Gesetze den Grundsatz quot-tot aussprechen; Böhmer ad C. qu. 132. obs. 1. i. A.

3) Nur bei geringeren Strafen übrigens wird eine Abweichnng von der herrschenden Regel bezeugt. s. Böhmer a. a. O. a. E. Schöpff. §. 14 sq. Leyser sp. 575. m. 5. sp. 644. m. 3—5. (der mindestens zeigt, daß er es mit der umgekehrten Regel sehr ungenau nahm), Püttmann Elem. §. 87. Quistorp §. 88—90. G. J. F. Meister Princ. §. 114. Tittmann §. 100. Klein §. 156—163. bes. aber den C. Max. I, 1. art. 36. nebst der Anm. u. die Theres. art. 14.

4) So wurde freilich behauptet, die herrschende Praxis gebe einen Freibrief zu Verbrechen; Böhmer, Leyser l. c. Willenberg de imp. delinqu. ad mort. condemn. §. 36. Gleichwohl gaben die ersteren den Satz: Poena maj. zu, wenn Inkompatibilität eintrete, was sehr willkührlich angenommen wurde, — wenn Eine Strafe zur Erreichung der Zwecke der Justiz genüge, — wenn durch die Verbindung der Strafen unvernünftige Grausamkeit entstehe. s. selbst noch Tittmann §. 100. Wie willkührlich man es aber eben mit der Kompatibilität nahm, zeigt nicht etwa bloß Böhmer l. c. bes. a. E., sondern auch die Späteren, bes. Quistorp u. Klein, welcher nur Geld- u. (nur relativ) auch Ehrenstrafen mit einander und mit andern Strafen für kompatibel hält, sonst überall Verschärfung der poena maj. will, und auch dies nur wegen nicht unbedeutender Delikte. Quistorp u. die Anm. zum C. Max. halten fast noch ganz an Carpzov fest. vgl. auch Schultz c. 3. §. 6. Schöpf l. c. Koch inst. §. 161—163.

5) s. z. B. Beyer Delin. j. crim. ad art. 163 CCC.

6) So wirft die Anm. a. zum C. Max. den Fall der l. 32 §. 1 D. ad l. Aqu. (scheinbare Konkurrenz), ideale Konkurrenz, gleichzeitige K. verschiedener Verbrechen in verschiedenen Handlungen zu Einem Zweck (Farinac.), fortges. u. wiederholten Ehebruch in Einen Topf, u. will nur im 2. u. 3ten Fall eine Schärfung der Hauptstrafe.

da man wahre und bloß scheinbare Konkurrenzfälle durcheinander warf, im Eintheilungsprinzip selbst schwankte [1]), den Begriff des fortgesetzten Verbrechens ganz äußerlich faßte, und die Fragen über Konkurrenz der Verbrechen und Konkurrenz der Strafen nicht unterschied [2]). So konnte es auch geschehen, daß selbst die alten willkührlichen Grundsätze über Kompatibilität der Strafen sich mehrfach noch bis in die neuere Zeit her fortpflanzten. Endlich gereichte zu neuer Verwirrung die schon früher aufgekommene Rücksichtnahme auf einige Stellen der P.G.O., denen man nunmehr, seit man zwischen idealer u. realer Konkurrenz eine festere Grenze gezogen hatte, die Geltung eines Prinzips für die ideale Konkurrenz überhaupt beizulegen anfieng [3]). Andre nämlich (und wohl die Mehrzahl) bestritten dies [4]). Es ist aber nicht auszumachen, welche Parthie Recht hat. Beide Artikel der P.G.O. sprechen Sätze aus, die bei den Italienern ihrer Zeit zur Geltung gekommen waren und schon in der ital. Jurisprudenz (s. o.) die offenbare Tendenz zur Verallgemeinerung für die ideale Konkurrenz überhaupt zeigten [5]). Gewiß ist nur, daß die neuere Gesetzgebung trotz der Mehrheit der Doktrinäre eben dieser Tendenz Recht gegeben hat. Soweit sich über die Entwicklung der Doktrin und Praxis etwas Allgemeines angeben läßt, so ist gewiß, daß noch der C. Max. auf einer ganz an Carpzov sich haltenden Praxis beruhte. Bei idealer Konkurrenz [6]) und fortges., wie wiederholtem Ehebruch wird nur Ein (im ersten Fall erschwertes) Verbrechen angenommen. Außerdem wird für gleichartige und ungleichartige reale Konkurrenz die Regel der Absorption aufgestellt [7]), und nur ausnahmsweise theils bei mehreren Kapitalverbrechen eine Schärfung der ordentlichen Todesstrafe, resp. Verwandlung in eine härtere oder langsamere, theils eine Verbindung von Geld= Gefängniß= Relegations= u. dgl. Strafen vorgeschrieben [8]). Die Theres. stellt dagegen allerdings den römischen Satz voran, läßt aber gleichwohl denselben überall nur für ungleichartige Kon=

---

1) Noch Klein u. Quistorp schließen wiederholtes Verbrechen von der Konkurrenz aus.

2) Dieser Mangel erhielt sich am längsten.

3) s. Böhmer l. c. u. med. ad art. 163. §. 1. Quistorp §. 88. not. e. Koch §. 158 b. Paalzow Comp. §. 140. Martin §. 65 (nicht er beruft sich zuerst auf den Art. 108. s. Böhmer l. c.). Heffter §. 164. Relativ Henke I. 621. u. in andrer Weise Grolman §. 175. Feuerbach §. 131. Sehr verworren Roßhirt Entw. S. 142—145.

4) z. B. Leyser sp. 575. m. 5. Gerstlacher Hdb. d. Deutsch. Reichsges. XI. 2838. Tittmann §. 100. (Relativ) Henke a. a. O. Ziegler Theorie d. Straffschärfung §. 94—96. Savigny D. p. 121. Schröter Hdb. §. 169. Wächter I. S. 254. Marezoll S. 194. n. 2. S. 197. n. 3. Roßhirt Entw. S. 142. 143. Sander S. 288—291. Bauer Abh. II. 57—59.

5) Jedenfalls ist der Beweis, den Schröter aus andern Bestimmungen der P.G.O. über „verhüllte Konkurrenzfälle" führt, unstichhaltig (s. auch Roßhirt a. a. O.). Wächter u. Marezoll beachten die ital. Jurisprudenz nicht.

6) Dahin wird gerechnet: Ehebruch, Nothzucht, Incest und Entführung „in Einem untheilbaren Akte".

7) Hins. der Nichtkompatibilität wird ganz auf Carpzov verwiesen, und nur für einzelne Fälle, wie crim. maj., eine Ausnahme gemacht.

8) Dagegen heißt es wieder in den Anm., daß nach Herkommen Malefiz= u. niedergerichtliche Strafen nicht kompatibel seien. I, 1. art. 35. a. E. 36.

kurrenz gelten [1]), und auch hier wird jener Satz nur bei Konkurrenz von Leibesstrafen mit Dienstentsetzung u. a. Ehrenstrafen, oder von Geld- mit Gefängniß oder Ehrenstrafen angewandt, sonst aber die Regel: Poena maj. aufgestellt [2]). Dagegen scheint nun mit dem Fortschritt in der Humanisirung des Strafensystems immer mehr der Grundsatz sich Geltung verschafft zu haben, daß wenigstens bei der realen Konkurrenz die verschiedenen Strafen auch wirklich mit einander verbunden werden müssen, wo es physisch und moralisch irgend möglich sei [3]) (also nur dann nicht, wenn die schwerste Strafe in Todesstrafe bestehe, oder die Verbindung mehrerer Leibesstrafen in Todesstrafe ausarten würde ꝛc.). Für den Fall der physischen oder rechtlichen Unvereinbarkeit wollten dann aber die einen bloß die poena major schärfen [4]), wogegen Andre dies nur als ultimum remedium zulassen, d. h. nur für den Fall, wenn sich nicht mittelst Verwandlung eine der Summe der verdienten inkompatibeln gleiche Gesammtstrafe herausbringen lasse [5]). Dies ist nun allerdings das Richtige; jedoch wurde dabei häufig der wichtige Punkt ganz übersehen, daß durch die Verbindung die vereinigten Strafen an Intensität zunehmen, mithin eine größere Strafe als die eigentlich verdiente herauskommt, daher die Gerechtigkeit einen entsprechenden Abzug an der Extensität verlangt [6]). Erst die neuere Wissenschaft hat auch diesem Punkte sein Recht angedeihen lassen [7]), wenn gleich keineswegs vollständig (s. u.). Uebrigens hat sich theilweise noch immer die falsche Ansicht erhalten, als ob die Konkurrenz mehrerer Verbrechen einen Schärfungsgrund bilde [8]), eine Ansicht, die freilich mit der herkömmlichen Auffassung des Rückfalls harmonirt und daher von den Meisten, insofern sie diese

1) Noch so oft wiederholt, ist das gleiche Verbrechen nur als Eines zu strafen.

2) nur bei konkurrirenden überschweren Kapitalverbrechen soll Schärfung der Todesstrafe mit Zangengriffen, Schleifen, Handabhacken, Zungenausreißen ꝛc. stattfinden; auch soll in schwereren Fällen Pranger mit Ruthen, Schilling, Brandmarkung, Schanzarbeit u. dgl. ausnahmsweise kompatibel sein. Art. 14. Naiv ist §. 3; bei Konk. von Mord u. Diebstahl soll der Thäter gerädert und „zum Zeichen des Diebstahls ein Galgen auf das Rad gemachet" werden.

3) s. z. B. Kleinschrod III. §. 104—107. vgl. mit Varnbüler, Koch, Quistorp, Klein, Schulz u. A. — s. auch v. Globig u. Huster Abhandl. S. 86—90.

4) Kleinschrod a. a. O. Feuerbach §. 130—132. Henke I. 624. Martin §. 66. Gesterding im N. Arch. V. 480. Heffter §. 168. n. 6. Mittermaier n. 4 z. F. §. 126 (vag).

5) Grolman §. 123—125. Gerstlacher a. a. O. S. 2841. Ziegler a. a. O. S. 102. Tittmann §. 100. Schröter Diss. §. 19—22. Oersted S. 407. 410. Wächter I. S. 257. 258 (der doch wohl zu sehr am Buchstaben hängt). Roßhirt Entw. S. 152. 153. Abegg §. 163. Marezoll S. 197. 198. vgl. die treffende Bem. v. Jarcke I. 322. n. 33. Manche gaben die Strafverwandlung wenigstens bei unbestimmten Strafgesetzen zu. z. B. Martin §. 66. Henke I. 624. Heffter §. 166. n. 2. Hommel rhaps. qu. obs. 246. n. 5. u. A.

6) so bei Schröter Hdb. §. 168. 169. Wächter, Abegg, Heffter, Sander, Marezoll a. a. O. (s. jedoch diesen S. 198 unt.). Roßhirt S. 149—153. Martin §. 65.

7) Jenull I. 319. Henke I. 622. 623. Bauer Abh. II. 41 ff. Kitka Verfahren bei Abfass. d. Gbücher S. 124. Wirtemb. Mot. S. 103. Mittermaier n. 4 z. F. §. 125. Schüler Beitr. S. 41. Trefurt S. 421. Breidenbach I. 2. S. 521. Krug S. 5 unt. Hye S. 451. 452. N. Rev. S. 884. 885.

8) s. dag. Wächter I. §. 123. Tittmann §. 100. Feuerbach §. 129. Heffter §. 164—166. Sander S. 357.

theilen, mit Unrecht verworfen wird [1]). Ebenso unrichtig ist es freilich andrerseits, wenn Manche in der Konkurrenz einen Milderungsgrund erblicken [2]). Die Praxis der Länder des gem. Rechts war freilich nicht gleichförmig. So z. B. folgte die sächsische den alten von Karpzov befolgten Regeln [3]). Die wirtemb. und die hessische dagegen befolgten das römische Prinzip, die letztere sogar in der Weise, daß sie wegen der Mehrheit von Verbrechen noch einen schärfenden Zusatz machte [4]). Die badische rechnete bei wiederholten Verbrechen die Strafen einfach zusammen, zog dagegen bei ungleichartiger realer Konkurrenz an den Strafen der geringeren Delikte 1/3 ab [5]). Wenn indessen in Beziehung auf die reale Konkurrenz die commun. opinio unbezweifelt für das Prinzip: quot-tot war [6]), so wurde dagegen bei der idealen Konkurrenz von sehr vielen theils aus positivrechtlichen [7]), theils aus allgemeinen Gründen [8]) der Grundsatz: poena major abs. min., oder doch die bloße Schärfung der Strafe des schwersten Verbrechens vertheidigt; soweit es aus allgemeinen Gründen geschieht, mit Unrecht [9]), da der Eine Akt verschiedene Entschlüsse und verschiedene Thatbestände involvirt, mithin nur dann (bloß theilweise) Konkurrenz angenommen werden kann, wenn der Thatbestand der konkurrirenden Verbrechen theilweise dem Begriff nach gemeinschaftlich ist [10]). Die Praxis ist jedoch allerdings der milderen Meinung

---

1) Konsequenter ist daher Breidenbach S. 517. f. bes. Trefurt S. 415—422.

2) Wächter I. S. 257. Tittmann, Feuerbach, Roßhirt, Heffter, Sander a. a. O. Abegg §. 162 (welche jedoch sämmtlich, bald aus allgemeinen, bald aus positiven Gründen dem Prinzip ungetreu werden, daher Mittermaier u. Krug konsequenter sind), Bauer Abh. II. 61. Breidenbach I. 2. S. 517. Marezoll S. 194. n. 1. Hepp im Komm. sieht in der Konk. das eine Mal einen Schärfungs-, und später einen Milderungsgrund, kommt aber zuletzt auf das Richtige. vgl. noch Henke I. 626. n. 5.

3) Püttmann Elem. §. 33. 87. Krug S. 4. Weiß S. 212. Mot. z. neuen Entw. S. 152.

4) Hufnagel I. 249—254. Breidenbach I. 2. S. 518.

5) Sander S. 360, 361, der gerade das Gegentheil für richtig hält, jedoch mit Unrecht. Freilich war auch der Grundsatz der Praxis nur theilweise richtig.

6) A. M. Sander (wenigstens für das wiederholte Verbrechen), Krug, Mittermaier (s. o.).

7) Feuerbach §. 131 u. Grolmann §. 175 (wenn Verbr. derselben Gattung ideell konkurriren). Allgemein Koch §. 158 b. Böhmer ad C. qu. 132. obs. 1. Quistorp §. 88. not. e. Paalzow §. 140. Stübel Krim.-Verf. III. §. 1205. c. Martin §. 65. Heffter §. 164. Sehr unklar Roßhirt Entw. S. 143—145 vgl aber 146. 150. 152. Was Henke I. 621. (vgl. Marezoll S. 197. n. 3) in der P.G.O. Art. 108 findet, hätte übrigens Wächters Widerspruch nicht erregen sollen!

8) Klein §. 157. 159. Kleinschrod III. §. 102. Abegg §. 162 (sehr unbestimmt). Bauer Lb. §. 156. Abh. II. 63—66. Sander S. 368—372. Trefurt S. 421. Mittermaier n. 1 z. F. §. 131. Leonhardt I. 454. Krug S. 2. Breidenbach S. 561. Beide letzteren berufen sich auf Abegg. Wenn aber Breidenbach, der selbst dieser Ansicht nicht ist, meint, sie sei die comm. opinio, so irrt er sehr. Denn A. M. sind (theilweise) Feuerbach u. Grolman, u. ganz Tittmann, Henke, Schröter, Roßhirt, Wächter, Jarcke, Heffter, Marezoll &c.

9) Feuerbach Rev. I. 340. Oersted Grundreg. S. 399. Not. N. Rev. S. 881—883.

10) N. Rev. a. a. O. vgl. Savigny Diss. p. 15. Grolman §. 121. a.

(d. h. bald dem Grundsatz der Absorption, bald dem der Schärfung der poena major) [1]) gefolgt; wenigstens die sächsische, die wirtembergische und die hessische [2]). — Ueber das fortgesetzte Verbrechen s. die vor. Anm. Daß es als Ein Verbrechen zu behandeln sei, ist jetzt wohl allgemein angenommen. Nur darüber wird gestritten, ob es als durch Fortsetzung erschwert betrachtet werden soll oder nicht [3]).

3) Als Resultat ergiebt sich aus dem Bisherigen, daß das fortgesetzte Verbrechen ganz von der Konkurrenz auszuschließen [4]), bei dieser aber weder nach der Natur der Sache, noch dem gemeinen Recht ein Grund vorhanden ist, die ideale Konkurrenz einer andern Behandlung zu unterwerfen, als die reale. Nur hat der Richter den Grundsatz: quot-tot nicht im Sinne einer reinen Zusammenrechnung, sondern in der im §. 137 näher angegebenen Weise zu verstehen. Dies ist denn auch in der neueren Wissenschaft mehrseitig zur Anerkennung gekommen; nur ist man dabei mehrfach auf halbem Wege stehen geblieben, indem man die Wahrheit, daß die Strafen durch Verbindung intensiv wachsen, bald nur beim Zusammentreffen gleichartiger Strafen überhaupt [5]), bald sogar nur beim Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen [6]), etwa auch mehrerer Geldstrafen [7]) ꝛc. gelten ließ. Sie gilt aber in der That nicht nur beim Zusammentreffen aller und jeder gleichartigen Strafen (zeitlicher Freiheitsstrafen, Ehrenstrafen, Gewerbentziehungen, Geldstrafen) [8]), sondern auch beim Zusammentreffen ungleichartiger [9]). Die Konsequenz verlangt daher durchaus, daß in beiden Fällen das gleiche Prinzip zur Anwendung komme [10]). Ja, sie treibt überhaupt über den Fall der Verbrechenskonkurrenz hinaus. Denn, wenn es mit jenem intensiven Wachsen überhaupt seine Richtigkeit hat, so ist wahrlich nicht einzusehen, wie und warum es damit

---

1) Eigenthümlich ist die Ansicht von Bauer a. a. O.

2) Krug S. 4. Hufnagel I. 264. Breidenbach I. 2. S. 561.

3) Letzteres behaupten z. B. Schröter §. 170. Roßhirt Entw. S. 150, allein mit Unrecht. Fakultativ stellt es Mittermaier §. 128. a. z. F.

4) A. M. sind, freilich in sehr verschiedener Richtung, Bauer, Sander, Trefurt, Krug.

5) So Bauer Abh. II. 42.

6) Wirt. Mot. S. 103. Kitka Ueb. d. Verf. b. Abfassung d. Gbücher S. 124. Schüler Beitr. S. 41. Mittermaier n. 4 z. F. §. 126. Hufnagel I. 250. Krug S. 5 unt. N. Rev. S. 884. 885.

7) Trefurt S. 421. Breidenbach I. 2. S. 536—538. Neuerdings tritt Krug (N. Jahrb. VII. 10 f.) als Gegner auf, der Widerspruch ist jedoch nicht sehr ernstlich gemeint.

8) Bei körperlichen Züchtigungen, wo sie trauriger Weise noch gesetzlich bestehen, findet nicht bloß ein intensives Wachsen, sondern sogar ein Umschlagen in eine höhere Strafart statt.

9) Mit Recht sprach daher schon Jenull den Satz allgemein aus. Geld und Ehre, Geld und Freiheit zugleich verlieren — ist gewiß ebenso ein intensiv stärkeres Uebel gegenüber dem zeitlich getrennten Verlust, als zwei gleichzeitig ausgesprochene Geld-, resp. Freiheitsstrafen. Dasselbe ist ganz klar bei der Zusammenrechnung von Ehrenstrafen u. Freiheitsstrafen (wo nicht diese selbst schon entehrend sind). vgl. Zürch. GB. §. 34, a., s. aber freilich eb. c).

10) Namentlich auch dann, wenn Verwandlung eintritt, z. B. einer mehrfach verwirkten Ehrenstrafe in Freiheitsstrafe. Nur in Einem, wohl selten praktischen Falle, ist kaum zu helfen, wenn nämlich wegen Mißbrauch des Gewerbs Entziehung mehrerer Gewerbe verschuldet ist.

nicht auch außer dem Fall der Konkurrenz überall seine Richtigkeit haben sollte, wo mehrere Strafen gleichzeitig, resp. in continuo zu vollstrecken sind, sei es nun, daß vor der Vollstreckung einer Strafe noch ein dem Erkenntniß vorangegangenes weiteres Verbrechen zur Bestrafung kommt [1]), resp. zwei Erkenntnisse zur Vollziehung vorliegen, von denen das spätere ein vor Fällung des früheren verübtes Verbrechen betrifft [2]), oder daß vor beendigtem Strafvollzuge ein neues Verbrechen zur Bestrafung kommt [3]), sei es früher oder später begangen worden. Erklärt man den dem intensiven Plus entsprechenden Abzug bei der Konkurrenz für eine Sache der Gerechtigkeit, so gesteht man zu, daß man in den gedachten andern, in der fraglichen Beziehung ganz gleichen Fällen durch Nichtabzug eine Ungerechtigkeit begeht. Läugnet man aber die Allgemeingiltigkeit jener Regel des Abzugs [4]), so erklärt man sie ebendamit zu einem bloßen Privilegium bei der Konkurrenz, und stempelt diese hiedurch zu einem Strafmilderungsgrund, wogegen man doch so sehr protestirt. Allein die Inkonsequenz, einmal zugelassen, führt auch noch weiter. Sie wird bei den Fällen der Konkurrenz selbst, d. h. bei mehreren bekannten noch ungetilgten Verbrechen, die nach der Regel in Einem Urtheil abzumachen wären, dann zu einem heillosen Unterschiede führen, wenn nach den Grundsätzen des neuen Strafverfahrens nur einige davon zu gemeinsamer Behandlung verwiesen werden, andre aber nicht [5]). Hier wird es also vom Zufalle abhängen, ob jener Grundsatz der Gerechtigkeit zur Anwendung kommt oder nicht [6]). — Ebensowenig ist die Frage über die Kompatibilität der Strafen zu einem einstimmigen Abschluß gekommen. Man ist zwar einverstanden über das, was sich von selbst versteht, — daß physisch [7]) oder rechtlich [8]) unvereinbare

---

1) vgl. Wirt. GB. Art. 115, 2. Braunschw. §. 25, 4. 6. Bad. §. 179. Hann. Ges. üb. d. Verf. in Krim.Sachen §. 26. Bair. Entw. Art. 97. 98.

2) Wirt. GB. a. a. O. vgl. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 17.

3) Roßhirt Entw. S. 148. Bauer Abh. II. 97. 98. vgl. Breidenbach I. 2. S. 522. 523. Sonst wird die Frage fast überall ignorirt! s. jed. den preuß. Entw. 1843. §. 122. (vgl. Temme Krit. S. 214 f.). Die franz. Jurisprudenz, z. B. Hélie I. 335 sq., wie die östreich. (Hye S. 455) vertheidigt gerade die ungerechte Inkonsequenz.

4) Wie dies z. B. nach Wirt. Recht Hufnagel StrfGB. m. Anm. S. 51. 108 thut und thun muß.

5) Hierauf macht Mittermaier n. 4. z. F. §. 126 a. E. aufmerksam, ohne jedoch die im Texte angegebene Folge gewahr zu werden. s. dag. jetzt Krug N. sächs. JB. VIII. 142 f., der jedoch S. 135. 136 eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung macht (offenbar, weil er trotz seines Protestes doch den Strafabzug als ein Benefiz der Konkurrenz ansieht, das durch Geständniß verdient sein müsse). Es geht daraus hervor, daß sein ganzes Fundament für die Behandlung der Konkurrenz, das sich auf moralische Erwägungen gründet, nicht haltbar und vielmehr der von ihm angegriffene Grundsatz des wirt. u. bad. GB. der allein richtige ist, der aber freilich konsequent durchgeführt werden muß. Daß Art. 333 des wirt. GBs aufgehoben ist, übersieht Krug.

6) Hiergegen ist Vorsorge getroffen im Wirt. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 17. 32—35. vgl. Hess. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 16. Hann. Strafpr.O. §. 227 (?). Sächs. Entw. Art. 75 u. Motive j. Entw. d. Strafpr.O. Art. 38—40 nebst Mot. (?). Entw. d. preuß. Strafpr.O. §. 512.

7) z. B. zwei Todesstrafen, zwei lebenslängliche Freiheitsstrafen, lebenslängliche und zeitliche Freiheitsstrafe, zwei Dienstentsetzungen, Dienstentsetzung u. Dienstentlassung, entehrende Freiheitsstrafen u. Ehrenstrafen u. s. f.

8) z. B. mehrere körperliche Züchtigungen, die lebensgefährlich wären; dagegen

Strafen nicht zusammen vollzogen werden können. Allein schon über einzelne Fälle der rechtlichen Unvereinbarkeit ist Streit, noch weit mehr über das, was in solchem Falle zu thun sei? Die einen fordern hier absolut Verwandlung, wo sie nur irgend möglich sei, mithin auch dann, wenn das Resultat der Uebergang in eine qualitativ schwerere Strafgattung wäre, z. B. von zeitlicher Freiheitsstrafe zu lebenslänglicher, von zeitlicher Ehrenstrafe zu lebenslänglicher [1]), von einfacher Freiheitsstrafe zu entehrender, vielleicht wohl gar von Freiheitsstrafe zu Todesstrafe [2]) (?). Andre schließen sie in diesem Fall (mit Recht) aus, lassen sie aber außerdem zu [3]), während wieder Andre von Verwandlung gar nichts wissen wollen [4]), was entschieden willkührlich und (unter Voraussetzung der eben angegebenen Grenze der Verwandlung) eine unnöthige und falsche Humanität ist [5]). Wenn nun aber kein Grund vorhanden ist, warum für eine nicht vollziehbare Ehren-, Geld-, Körperstrafe [6]) nicht eine Surrogatstrafe eintreten sollte, so liegt ebensowenig ein Grund vor, warum nicht sämmtliche Strafarten, die Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe abgerechnet, unter einander kompatibel sein sollten [7]). Dagegen sind zwar dem Buchstaben nach mit der Todesstrafe Vermögensstrafen, körperliche Züchtigung, ja selbst zeitliche Freiheitsstrafen vereinbar [8]); allein die Meisten verwerfen jetzt mit Recht hier jede Nebenstrafe als kleinlich und grausam [9]); und ebenso mit Recht dehnen sie dies auch auf die lebenslängliche Freiheitsstrafe aus [10]). —

4) Durch die nach Anm. 3 dem Richter obliegende Pflicht eines Strafabzugs wird nun allerdings gegen ein widernatürliches Anwachsen der Gesammtstrafe für konkurrirende Verbrechen einigermaßen Vorsorge getroffen. Allein sie

---

ist man schon wieder nicht einig über die Vereinbarkeit mehrerer zeitlichen Ehren-, resp. Freiheitsstrafen für den Fall, daß sie zu lebenslänglicher Strafe erwüchsen. s. z. B. Tittmann §. 100. not. d. Henke I. 623. vgl. mit Wächter I. S. 257.

1) Der Fall ist leider wenig praktisch, da unsre Gesetze meist überhaupt nur lebenslängliche Ehrenstrafen kennen! s. übr. schon Klein §. 163.

2) Oersted S. 405. Roßhirt Entw. S. 153. Meist wird freilich diese Möglichkeit gar nicht ausdrücklich hervorgehoben, s. z. B. Tittmann §. 100. Wächter I. S. 257. s. dag. Henke I. 624. Marezoll S. 198, wogegen Feuerbach, Kleinschrod &c. zu weit gehen, wenn sie nie verwandeln wollen, und vollends Heffter, der nicht einmal die poena major schärfen will.

3) so namentlich Henke I. 624. not. 4, wornach Wächter S. 257 zu berichtigen ist. Abegg §. 163. Bauer Abh. II. 69—74 (beide zu unbestimmt).

4) s. indessen Martin §. 68. Heffter §. 166. Grolman §. 123—125 (bei unbestimmten Strafgesetzen soll freieres Ermessen zugelassen sein).

5) Oersted S. 407. 410.

6) Nicht entehrende Freiheitsstrafen in entehrende zu verwandeln, ist ungerecht, und nach dem ob. beim Strafensystem Ausgef. unnöthig.

7) Mit Recht erklärt sich jetzt die comm. opinio gegen die frühere Willkühr der Doktrin und Praxis in dieser Hinsicht.

8) Falls der Verurtheilte vorher wegzusterben drohen sollte, könnte man ihn im Sinne der Rigoristen noch auf dem Todtenbette köpfen lassen!

9) Oersted S. 403—405. Roßhirt S. 152. Henke I. 623. Marezoll S. 197. Martin §. 66. Bauer Abh. II. 70. Heffter §. 168. n. 6. A. M. Wächter I. S. 257. j. 254. Breidenbach I. 2. S. 529. Leonhardt I. 474. n. 4.

10) Die wirt. Praxis vor 1839 ließ neben diesen Strafen nur Geldstrafen zu. Hufnagel I. 249.

schneidet die Möglichkeit davon nicht ab, da die Möglichkeit, so viele und große Verbrechen zu begehen, daß ohne willkührlichen Abzug unvollziehbare Gesammtstrafen herauskommen müßten, eine unendliche ist. Wenn es nun in der Natur der Sache liegt und durch eine mehrhundertjährige Erfahrung bestätigt ist, daß die Abhilfe dagegen ohne Gefahr der höchsten Willkühr nicht dem richterlichen Ermessen allein anheimgestellt werden kann, so ist klar, daß hier auf andrem Wege Vorsorge getroffen werden muß. Das bequemste Auskunftsmittel in diesen, wie in andern Fällen, ist die Verweisung auf die Begnadigung [1]). Allein dem steht die praktische Unthunlichkeit entgegen, da die Gnade gewissermaßen strapazirt würde, und überdies das gegründete Bedenken, daß die Gnade, die nur für außerordentliche Fälle zum Eingreifen berufen ist, ihrem Charakter entfremdet wird, wenn sie bei einem konstant und gleichmäßig sich wiederholenden Verhältnisse die Rolle des obligaten Aushelfers spielen soll [2]). Es ist auch in der That gar nicht nöthig, auf diese letzte Zuflucht sofort zu rekurriren, eben weil es sich hier von einem konstant sich wiederholenden, in der Natur der Dinge liegenden Verhältnisse (s. §. 137) handelt, dessen Würdigung der Gesetzgebung nicht versagt sein kann, sondern gerade zu ihrer eigenthümlichen Aufgabe gehört. Fragt sich nun aber, in wiefern die Gesetzgebung den hier fraglichen Verhältnissen Rechnung tragen soll, so läßt sich das jetzt so allgemein beliebte Auskunftsmittel der Privilegirung der idealen Konkurrenz vor der realen [3]) in keinem Falle billigen (Anm. 2. a. E.). Ebensowenig das der Beschränkung der Untersuchung auf die schwereren und leichter zu ermittelnden Verbrechen [4]). Allerdings gehört dagegen hierher die Anm. 3 a. E. angef. Bestimmung über die Unvereinbarkeit andrer Strafen mit der Todes- und lebensl. Freiheitsstrafe, ferner die nur der Gerechtigkeit entsprechende Bestimmung, daß von Freiheitsstrafen nicht zur Todesstrafe, von zeitlichen Freiheitsstrafen nicht zu lebenslänglichen, von nichtentehrenden nicht zu entehrenden aufgestiegen werden dürfe, ferner der Gebrauch äußerer Schärfungen bei Freiheitsstrafen, wodurch sie bei kürzerer Dauer intensiver gemacht werden können, endlich die Anordnung eines absoluten Maximums für die Gesammtdauer konkurrirender Freiheits-, den Gesammtbetrag konkurrirender Geldstrafen. Ueberdies würde aber sehr viel schon allein dadurch gewonnen [5]), wenn die Gesetzgebung theils die nöthigen Reformen im Strafsystem (bei den Ehren- u. Freiheitsstrafen) vornehmen, theils von der unglücklichen Sucht ablassen wollte, die Begriffe der Verbrechen in möglichst viele selbständige Arten zu zerspalten, und namentlich aus bloßen Versuchen eigene Verbrechen zu bilden [6]).

---

1) Bauer Abh. II. 48. 49 (der jedoch auch auf andre Weise zu helfen sucht). vgl. Breidenbach I. 2. S. 523.

2) Deshalb wurde in der N. Rev. S. 887 gefragt, ob nicht die Centralgewalt ihr Vorrecht für die betr. Fälle ein für alle Male delegiren sollte? Es wurde jedoch dort von einem zu skrupulös formellrechtlichen Gesichtspunkte ausgegangen. vgl. übr. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 497.

3) Gerade hierauf legt Bauer das größte Gewicht, und bringt überdies noch die ideale Konkurrenz mit dem fortgesetzten Verbrechen unter Einen Hut!

4) Hiegegen hat auch Bauer S. 74—84 gerechte Bedenken. vgl. Hufnagel I. 641—649. II. 532. 901—903. III. 143—148. Breidenbach S. 531. A. M. Roßhirt Entw. S. 147 mit mehreren neuen Gbüchern. s. aber auch S. 153. 154.

5) N. Rev. S. 883. 884.

6) Nach allem Bisherigen kann es nicht gebilligt werden, wenn mehrfach die

5) Das bisher dargelegte wissenschaftliche Material ist nun von den neueren Gesetzgebungen [1]) keineswegs ganz glücklich verarbeitet worden. Das preuß. LR. §. 54—57 [2]) zeichnet sich zwar vor den früheren Gbüchern bereits dadurch aus, daß es den Grundsatz quot-tot in weit größerem Umfange zur Geltung bringt, und vor den neueren dadurch, daß es zwischen idealer und realer Konkurrenz nicht unterscheidet [3]). Indessen läßt es doch theils Ehrenstrafen durch Leibesstrafen (worunter die Freiheitsstrafen mitbegriffen sind) theilweise absorbirt werden [4]), theils läßt es beim Zusammentreffen mehrerer Leibes= (d. h. Lebens= Freiheits= und Körperstrafen) nur den Grundsatz der Schärfung der poena major eintreten, und zwar so, daß die Summe aller Strafen der verschiedenen Verbrechen nicht überschritten werden darf [5]). Von den deutschen Gesetzgebungen des 19ten JHs. theilt keine die Ansicht des französischen Rechts, welches den Grundsatz: Poena major abs. min. ausspricht (außer bei Preßvergehen u. einigen andern) [6]). Indessen legt die Praxis [7]) das Gesetz so aus, daß sie keinen Anstand nimmt, die poena major wegen der konkurrirenden geringeren Delikte zu schärfen (bis zum Maximum der Strafart). Kommen nach der Verurtheilung früher begangene Verbrechen zum Vorschein, so können sie nur dann noch untersucht u. bestraft werden, wenn sie eine höhere Strafe erfordern. In diesem Fall absorbirt dann die schwerere Strafe die geringere (wobei der Kass.hof aber eine inkonsequente Ausnahme dann macht, wenn die ausgesprochenen Strafen gleicher Art sind, da er sie dann bis zum Maximum der Strafart addirt) [8]). Bei

---

Sache so dargestellt wird, als gebe es 3 Systeme, das Kumulir=, das Absorptionssystem und das der Schärfung der poena major, — zwischen denen der Gesetzgeber zu wählen habe, — wobei denn das dritte als die richtige Mitte empfohlen, und beiläufig das Prinzip quot-tot unter Nichtbeachtung der Anm. 3 angegebenen Modifikation höchst willkührlich in's Schwarze gemalt wird. s. z. B. Mittermaier n. 4. z. F. §. 126. Hye S. 451 ff. Krug S. 4 f. (s. jedoch N. Jahrb. VII. 10 f.). bes. absprechend Zachariä N. Arch. 1853. S. 411 f.

1) Vielfach ungenau ist die Darstellung bei Bauer Abh. II. 84. Mittermaier z. F. u. Häberlin I. 155 ff.

2) Wenn Roßhirt S. 149 auch die §. 52. 53 auf die Konkurrenz bezieht, so ist dies nicht unrichtig, aber dabei übersehen, daß sie auch auf den Rückfall gehen. s. Beseler S. 212. vgl. Klein §. 156. u. n. † z. Quist. §. 30. Diese Begriffsverwechslung war freilich sehr fehlerhaft.

3) Jedoch in eigenthümlicher Weise; denn aus Klein §. 157. 159 erhellt, daß man die ideelle Konkurrenz nicht im heutigen Sinne verstand, sondern nur dann annahm, wenn 2 Verbrechen einen begriffsmäßig theilweise gemeinschaftlichen Thatbestand haben, wie incestuoser Ehebruch; hier nahm man (ganz richtig, s. Anm. 1., während es sonst überall nicht beachtet wird) nur theilweise Konkurrenz und deshalb nur Schärfung der poena major an. Wenn durch Eine Handlung dagegen 2 Verbrechen mit verschiedenem Thatbestand begangen wurden, nannte man die Konkurrenz eine reale. s. auch n. †† z. Quistorp §. 30. Anders die spätere Praxis. Temme Hdb. S. 46.

4) vgl. Klein §. 162.

5) vgl. Klein §. 158. 160. 163. s. auch Reskr. 3. Nov. 1810 (Mannkopf S. 17).

6) Code d'instr. crim. art. 365. 379. Ges. 9. Sept. 1835. Art. 9. vgl. C. pén. art. 220. 245.

7) Unbeachtet von Bauer Abh. II. 84. 85. u. den Meisten. s. z. B. Roßhirt S. 148. Jarcke I. 323. n. 34.

8) Sehr verworren ist dies dargestellt von Mittermaier n. 2. z. F. §. 126, und theilweise von Breidenbach I. 2. S. 519. n. 6. 7. S. 522. n. 9. S. 536.

Geldstrafen wird von Einigen die Kumulation vertheidigt, jedoch mit Unrecht [1]). — Das Oestreich. GB. [2]) steht unter den deutschen isolirt [3]), sofern es bei allen Arten der Konkurrenz [4]) gleichmäßig bloß Erhöhung der schwereren Strafe bis zum Maximum des gesetzlichen Strafsatzes vorschreibt [5]), und beim fortgesetzten Verbrechen nicht einmal diese Erhöhung eintreten läßt [6]). Nur Geldstrafen und Konfiskationen sind neben allen anderweitigen Strafen vollziehbar [7]). Auch findet beim Diebstahl und analogen Verbrechen eine Ausnahme statt, sofern hier die Summen zusammengerechnet werden [8]). — Hievon weichen nun sämmtliche übrigen Gbücher ab, indem sie die ideale Konkurrenz anders behandeln, als die reale [9]). Bei jener tritt nur die Strafe der schwersten Uebertretung mit Erhöhung bis zum Maximum, resp. äußerer Schärfung ein [10]). Einige Gesetzgebungen (die hannövr., braunschw. u. thüring.) sprechen das gleiche Prinzip auch noch ausdrücklich für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Qualifikationen bei Einem Verbrechen aus [11]). Wäre das eine der Delikte nicht ex off. zu bestrafen, so wird es zwar mit untersucht, aber nur auf Klage bestraft [12]). Schwierigkeiten macht nicht selten die Frage, welche Strafe als die schwerste zu betrachten sei [13]). Ob der qualifizirte Versuch als ideale Konkurrenz zu behandeln sei, ist

n. 1. — s. Hélie I. 335—342. 357—359. Sellyer traité I. 381 sq. Morin dictionaire I. 577. u. im Journal du droit crim. 1846. p. 225 sq. Hoorebeke de la récidive p. 210 sq. — vgl. oben Anm. 3.

1) Legraverend traité II. 6. 11.

2) §. 34. 35. 267. j. 44. a. b. 49—51. 263. a. b. l. Hye S. 447 ff. Ungenau Zachariä N. Arch. 1853. S. 411 f., wo überhaupt vieles Unrichtige sich findet.

3) Den gleichen Grundsatz hatte der Erhard'sche Entw. u. die bair. 1822. 1827. 1831. Auch ist er im neuesten bair. vorherrschend. Art. 87.

4) Das GB. v. 1803 sprach nur von verschiedenen Verbrechen, wurde aber auch schon meist weiter interpretirt. Jenull I. 308 ff. vgl. Visini u. Waser a. a. O. s. aber auch Hye S. 453. ** Mangelhaft Bauer Abh. II. 87. 88.

5) Es ist also milder, als die franz. Praxis, während in Deutschland die Meisten sich das Verhältniß umgekehrt vorstellen. s. jedoch auch die Fälle ausnahmsweiser reiner Kumulation b. Hye S. 500—505. vgl. Morin Journal du droit crim. l. c. p. 226 sq.

6) Hye S. 471—475 (A. M. Frühwald ib. cit.).

7) Anders der bair. Entw. Art. 87, der Geldstrafe nur neben Geldstrafe, oder Gefängniß vollziehen läßt, und nur bei realer Konkurrenz.

8) Hye S. 475—478.

9) Anders das Zürch. GB. §. 74. 76, das die poena major auf's Doppelte steigen läßt, und nur die ideale Konkurrenz in der Regel milder als die reale behandelt wissen will.

10) Bair. GB. Art. 110. Sächs. Art. 48. Wirt. Art. 123. Hannövr. Art. 105. Braunschw. §. 55 (dieses ist strenger). Hess. Art. 113 (übergeht die gleichartige ideale Konkurrenz; Breidenbach I. 2. S. 561—563) (?). Bad. §. 182. Thüring. Art. 50 (erweitert den Begriff zu mehreren auf denselben Zweck gerichteten Handlungen, während die sächs. Praxis hier fortges., d. h. nur Ein Verbrechen annimmt! Weiß S. 210). Preuß. GB. §. 55. 337. (Poena maj. abs. min., wodurch jedoch eine Straferhöhung innerhalb des Rahmens nicht ausgeschlossen ist. Beseler S. 208. Temme Glossen S. 127—129. Gänzlich mißverstanden ist der §. 55 von Hye S. 487 *). vgl. sächs. Entw. Art. 73 (schwerfällig).

11) Ebenso der sächs. Entw. Art. 72.

12) Weiß S. 210. 211. Groß III. 19 f. Hufnagel I. 649. Falsch Breidenbach I. 2. S. 573—575.

13) Hye S. 456—460. Hufnagel II. 904—907. III. 155—159. 646. StrafGB. m. Anm. S. 116. not. 3.

bestritten [1]), wogegen hinsichtlich der Konkurrenz von dolus und culpa in Einer Handlung kein Zweifel zu bestehen scheint [2]). — Bei der realen Konkurrenz dagegen stellen sie die Regel: quot-tot auf, so jedoch, daß sie mehr oder weniger bestimmt und umfänglich sie mit Rücksicht auf das intensive Wachsen verbundener Strafen modifiziren [3]), theilweise sie wegen Inkompatibilität ausschließen, wobei denn die richtige Maxime der Strafverwandlung mehr oder weniger anerkannt ist. Was zunächst die Bestimmungen über die Kompatibilität betrifft, so erklären mehrere Gbücher die Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe für inkompatibel mit allen andern Strafen [4]), das hannövrische wenigstens die Todesstrafe [5]), wogegen nach dem bair., preuß. u. braunschw. [6]) mit beiderlei Strafen wenigstens Geldstrafen und Konfiskationen vereinbar sind. Das wirtemb. geht sogar noch weiter und läßt durch zeitliches Zuchthaus Kreisgefängniß- und Geldstrafen, ja selbst durch Arbeitshaus Bezirksgefängniß und Geldstrafen absorbiren; ebenso soll eine größere Ehrenstrafe die geringere, und eine entehrende Freiheitsstrafe die selbständige Ehrenstrafe absorbiren [7]). Dagegen wird bei Verwirktsein mehrerer gleichen Ehrenstrafen zusammengerechnet, resp. verwandelt [8]). Ebenso läßt das hess. GB. Gefängnißstrafen in höheren Freiheitsstrafen aufgehen [9]), desgleichen geringere Ehrenstrafen in größeren [10]), resp. in entehrenden Freiheitsstrafen, wogegen mehrere zeitliche Rechtsentziehungen zusammenzurechnen sind [11]). Die Absorption der Ehrenstrafen in entehrenden Freiheitsstrafen, wie der geringeren Ehrenstrafe in der größeren ist diesen beiden Gbüchern noch mit andern gemein [12]). Dagegen schreiben das braunschw. (§. 249) u. bad. GB.

---

1) Dag. scheint Hufnagel zu sein, StrafGB. m. Anm. 116. n. 4., ebenso Hye S. 495. Dafür ist das hannövr. GB. Art. 105. Breidenbach S. 569.

2) vgl. übrigens Krug üb. dol. u. culpa. S. 53. 54 (höchst willkührlich).

3) Ganz falsch ist es daher, wenn Bauer, Häberlin rc. dem wirt. (resp. bad.) GB. die Regel absprechen. Freilich unterscheiden sie sich im praktischen Resultate sehr vom sächsischen, braunschw. u. selbst vom hannövrischen. Gar keine Rücksicht auf das intensive Wachsen nimmt das preuß. GB. s. dag. das Ges. 9. März 1853! vgl. Goldtammer Arch. I. 563. (s. auch den hamb. Entw. 1849. Art. 55).

4) Sächs. GB. Art. 52. Wirt. Art. 117. Hess. Art. 105. Bad. §. 175. Thüring. Art. 54. Ebenso Bair. Entw.

5) Art. 109. Die lebensl. Freiheitsstrafe kann bei Konkurrenz geschärft werden. Leonhardt I. 475. Zürch. GB. §. 75.

6) Bair. GB. arg. Art. 109, 2. Preußen s. Beseler S. 210. vgl. Temme Gl. S. 131. Braunschw. §. 25. üb. Oestr. s. o. — Ganz unrichtig führt Häberlin I. 156 das im braunschw. GB. §. 25, 2 Bestimmte als Ausnahme auf, während es doch gar nicht auf die Konkurrenz sich bezieht.

7) Art. 118. 119, 1. Hufnagel I. 253. 256. 641—649. II. 532. 901—903. StrafGB. m. Anm. S. 112. nr. 10 (?). 498. s. jed. Strafpr.O. Art. 148.

8) Eine Surrogatstrafe für den Verlust eines Gewerbebetriebs hat das GB. vergessen.

9) Art. 106. Sie wirken hier nur möglicher Weise als Straferhöhungsgründe. Breidenbach I. 2. S. 530. vgl. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 9. Eben dahin gehört das bairische. s. nachher.

10) A. M. scheint Breidenbach S. 537. Allein der Wortlaut des Art. 441 gestattet die Verwandlung nicht.

11) Ohne Beschränkung, ohne Möglichkeit einer Verwandlung!

12) Bair. Art. 109. 2. j. 22. 23. Hannover s. Leonhardt I. 475. 478. 479. Suspension wird bis zu 1 Jahr addirt. Das GB. ist hins. der Entziehung öffentlicher u. gewerblicher Berechtigungen sehr lückenhaft. Das preuß. GB. bestimmt nichts

(§. 176) gleich dem wirtemb. Verwandlung der Ehrenstrafen vor, und zwar lassen sie, abweichend vom letzteren, die geringere nicht in der größeren, das braunschw. läßt sie auch nicht in entehrenden Freiheitsstrafen aufgehen. Wenn nun übrigens das wirt. u. hess. GB. mit der positiven Absorption geringerer Freiheitsstrafen in höheren allein stehen, so findet sich wenigstens ein Analogon in einigen andern, sofern sie bei der Verwandlung geringerer in höhere nur nach gewissen Fristen (Monaten, Wochen ꝛc.) rechnen und den überschießenden Theil, resp. die ganze geringere Strafe, wenn sie unter jenem Maß bleibt, in Wegfall bringen [1]). Eine noch wirksamere Absorption wird aber häufig auf andre Art bewirkt, d. h. durch absolute Grenzbestimmungen für die Größe der Gesammtstrafe. Am weitesten geht hier das bair. GB. Art. 109 [2]), indem es beim Zusammentreffen von gleichartigen Freiheitsstrafen nie das Maß der betr. Strafart überschreiten und beim Zusammentreffen verschiedenartiger das höchste Maß der schwersten (je unter Schärfung) die äußerste Grenze bilden läßt. Am wenigsten weit geht das sächsische, das zwar wegen Konkurrenz zeitlicher Freiheitsstrafen nicht zur lebenslänglichen übergehen, aber die Normalgrenze der höchsten Strafart überschreiten läßt, und nur dann eine (jedoch sogleich wieder beschränkte) Abkürzung gestattet, wenn die Gesammtstrafe die wahrscheinliche Lebensdauer des Verurtheilten übersteigen würde [3]) (!). Uebrigens läßt auch dieses GB. nie den Uebergang in eine höhere Strafart zu, in welcher sich nicht mindestens eines der konkurrirenden Verbrechen befindet. Eben diesen letzteren Grundsatz befolgen auch das braunschw. GB. §. 25, 3, das hessische Art. 107—110 [4]), das badische §. 170—174, das thüringische Art. 55, 1. 56, 1, das preußische §. 57. Dabei enthalten die eben genannten Gbücher noch, in verschiedener Weise, absolute Grenzen für die Größe der Gesammtstrafe [5]), — immer aber nur

über Verwandlung der Ehrenstrafen (die Kommentare schweigen). Im sächs. u. thüring. GB. fällt die Frage ganz aus, da Dienstentsetzung u. Entlassung nicht als Krim.strafen gelten (Weiß S. 813) und andre Ehrenstrafen nicht vorkommen. Am weitesten in der Anwendung des Absorptionsprinzips geht der bair. Entw. s. o. vgl. Wadtl. GB. Art. 65.

1) Sächs. GB. Art. 53. Ges. 20. Juli 1846. Weiß S. 237. 239. Braunschw. §. 25, 5. Thüring. Art. 55, 2.

2) (Noch weiter freilich der neueste Entw.). — vgl. II. Art. 111. Reskr. 19. März 1814. 4. Mai 1816. Gönner Jahrb. I. 149. 161. 170 ff. III. 107. Arnold im N. Arch. 1844. S. 201. 202. s. jed. die Diebstahlsnov. 1816. Art. IX. Bair. Strafger. II. 44. III. 27. Höchst ungenügend ist die Darstellung bei Mittermaier a. a. O. Häberlin I. 156. Breidenbach S. 539. Note.

3) Art. 56. Weiß S. 239. Schüler Beitr. S. 42. Groß I. 123. II. 17. Breidenbach I. 2. S. 539. Note. Der sächs. Entw. setzt 30 Jahre als absolute Grenze.

4) Gar zu mild ist das Maximum von 3 Mon. für konkurrirende Gef.strafen. Eine Ausnahme, d. h. Uebergang zu Korrektions-, ja Zuchthaus bei Diebstahl u. dgl. s. Art. 110, 3. Breidenbach I. 2. S. 529. 530.

5) Das braunschw. läßt nie die längste außerordentliche Dauer der anzuwendenden Strafart überschreiten. Das hess. setzt für Zuchthaus 18 J., für Korrektionshaus 10 J., für Gefängniß 3 Mon. als äußerste Dauer fest. Das badische für Zuchthaus 30 J., für Arbeitshaus 20 J., für Kreisgef. 6 J. Das thüring. beläßt es bei Zuchthaus u. Arbeitshaus bei der Normalgrenze; für Gefängniß sind 6 Mon. festgesetzt; indessen darf hiernach zum Arbeitshaus übergegangen werden, wenn unter den konkurrirenden Delikten ein solches ist, das in höherer Stufe mit Arbeitshaus

für Freiheitsstrafen, wovon nur das braunschw. in Beziehung auf Geldstrafen eine (freilich ganz eigenthümliche) Ausnahme macht [1]). Dagegen weichen nun von den eben genannten Gbüchern bedeutend ab das wirtemb. und hannövrische. Zwar läßt das erstere gleichfalls den Uebergang von nichtentehrender zu entehrender Freiheitsstrafe nicht zu, während das letztere dies thut [2]). Außerdem gestatten aber beide den Uebergang in die nächstfolgende höhere Strafart [3]), ja sogar den Uebergang zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe, letzteren freilich nur unter mehr oder weniger strengen Beschränkungen [4]); auch läßt das hannövr., wenn unter den verwirkten Strafen keine Kettenstrafe ist, nicht über 20j. Kettenstrafe erkennen. Den Uebergang zur Todesstrafe schließen beide Gbücher aus, lassen ihn aber gleichwohl im besondern Theil zu [5]). — Von den bis jetzt erwähnten Beschränkungen abgesehen, befolgen die sämmtlichen neuen Gbücher (außer dem östr.) den Grundsatz der Strafhäufung, freilich die einen mehr, die andern weniger, wie sich eben aus dem bis jetzt Angef. ergiebt. Dabei erkennen aber einige wenigstens beim Zusammentreffen zeitlicher Freiheitsstrafen die Anm. 3 besprochene Forderung der Gerechtigkeit (Abzug des Werths des intensiven Plus) bald nur als gemeinhin ausgesprochenen Gesichtspunkt für das richterliche Ermessen [6]), bald in positiver Durchführung [7]) an. Dagegen wird die Anm. 3 als nothwendig nachgewiesene Ausdehnung der gedachten Forderung [8]) über den Fall der Konkurrenz hinaus theilweise gar nicht [9]), in andern Gbüchern nur für den Fall anerkannt, wenn nach dem Urtheil ein vor demselben begangenes anderes Verbrechen zum Vorschein kommt, resp. von zwei zugleich zu vollziehenden Ur-

---

bedroht ist. vgl. sächs. GB. Art. 54. Weiß S. 238 unt. 239. — Das preuß. setzt absolut 20 J., für Vergehen 10 J., für Gef.strafe 10 J. als Maximum fest. Doch werden Strafen für Uebertretungen nicht absorbirt. §. 338. Der sächs. Entw. nimmt die Erhöhung der schwersten Strafe auf's Doppelte (jedoch stets nur bis zu 30 J.) als Maximum an. vgl. das wadtl. GB. Art. 64, das eben solche absolute Grenzen hat, u. nur Erhöhung der poena maj. um die Hälfte zuläßt. Das Zürch. GB. §. 74 läßt Erhöhung auf's Doppelte mit Uebergang in die höhere Strafart zu (nur nicht zur Todesstrafe).

1) §. 25 a. E. vgl. Breym. S. 185.

2) s. Leonhardt S. 477. 478. n. 16.

3) Nicht auch in die zweitnächste. Leonhardt S. 476. 477. vgl. Schlüter S. 86. n. 38. Bauer Abh. II. 92. Unrichtig ist dag., was Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 110. nr. 3 behauptet.

4) Für Wirt. ist dies jedoch weggefallen; es kann nur noch zu 20—30j. Zuchthausstrafe übergegangen werden. s. Komm.ber. z. Ges. 13. Aug. 1849. S. 2. u. die Aeußerung des Reg.kommissärs Sitz. 162. 1849. Prot. S. 4318.

5) Hann. GB. Art. 183. XI (von Leonhardt S. 476 ob. ignorirt. s. aber S. 479). Wirt. GB. Art. 178. 245. Allein dies ist durch das Ges. 13. Aug. 1849 weggefallen und die Bestimmung lautet jetzt (aus diesem Ges. abstrahirt) dahin, daß von 20—30j. Zuchthaus nicht zu lebenslänglichem übergegangen werden darf.

6) Hannövr. GB. Art. 110. Leonhardt I. 481. vgl. Bauer Abh. II. 94. Art. 1 (Geldstrafen). Braunschw. §. 66. nr. 9.

7) Wirt. GB. Art. 115. Hess. Art. 107. 108. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 10. 11. 14. Bad. §. 171.

8) resp. sonstiger Beschränkungen der abstrakten Addition.

9) so in Oestreich s. Hofdekr. 22. Febr. 1822 u. Urth. d. Kass.hofs b. Hye S. 455 (der übrigens auf die Gnade verweist). Ueber Preußen s. Beseler S. 210. vgl. Temme Glossen S. 127 (s. jed. unten).

theilen das spätere ein früher begangenes Verbrechen betrifft [1]). Nur das sächs. u. thüring. GB. führen ihr Prinzip, das freilich nur auf andre und weit nicht ausreichende Weise zur Vermeidung der Härte der reinen Addition dient, konsequent durch [2]). Noch weiter geht ganz mit Recht der Entw. der preuß. Straf-proz.O. [3]). — Die exzeptionelle Behandlung des fortgesetzten Verbrechens (gleich der idealen Konkurrenz) [4]) ist überall anerkannt [5]). Freilich ist die Begriffsbestimmung sehr verschieden [6]). Das bair. GB. hat die Feuerbachische [7]); die Bauer'sche findet sich im hannövr. (Art. 106), braunschw. (§. 56) [8]), thüringischen (Art. 51), theilweise wenigstens im hessischen (Art. 112); die Mittermaiersche (mit Anwendung auf kulpose Delikte) im hessischen (Art. 111) und im badischen (§. 180). Der Doktrin wurde die Definition überlassen in Wirtemb. u. Sachsen [9]). — Eine Modifikation erleiden übrigens die Bestimmungen über reale Konkurrenz und fortges. Verbrechen in mehreren neuen Gbüchern [10]) beim Diebstahl und den analogen Delikten, sofern hier die zusammenrechenbaren, d. h. nach dem Werthbetrag zu bestrafenden und auf gleicher Stufe stehenden Delikte zusammengerechnet werden, wobei jedoch über die Strafzumessung bald strengere, bald mildere Grundsätze aufgestellt sind [11]).

---

1) Hess. Ges. 23. Febr. 1849. Art. 16. Bopp S. 292. Wirt. GB. Art. 115, 2. vgl. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 17. 32—35. Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 108. nr. 4. 5. 7. S. 497 unten. Hannövr. Ges. üb. d. Verf. in Krim.-sachen §. 26. vgl. §. 5. 37. v. Bothmer Erört. I. nr. 16. II. S. 66. 67. not. *. vgl. jed. Strafpr.O. §. 227. Braunschw. §. 25, 4. 6. vgl. Breym. S. 183—185. Bad. §. 179. Einf.Ges. 1851. §. 109. Ebenso die bairische Praxis. Arnold im N. Arch. 1844. S. 205—209. Bair. Strafger. V. 4 f. 29 f. 147 f. Bair. Entw. Art. 88. 89. vgl. die Motive. Wadtl. GB. Art. 66. N. sächs. JB. 1851. S. 340. 341. 348. Held u. Siebdrat S. 99.

2) Sächs. GB. Art. 57. j. 53. Thüring. Art. 57. vgl. Groß I. 123. Weiß S. 244—247. Schwarze N. JB. II. 379 ff. v. Hartitzsch S. 113. 114. Die sächs. Bestimmung ist sehr mangelhaft. s. auch N. Jahrb. IV. 227. 228. Schaffrath S. 599. s. dag. Bair. Strafger. V. 39. 165 f. vgl. Preuß. Entw. 1843. §. 122. Anders der sächs. Entw. Art. 75! vgl. Krug N. JB. VIII. 135 ff.

3) §. 512 j. 319. Goldtammer I. 459. 184. 185 (n. 3 ist ungenau).

4) Das östr. GB. (s. o.) ist noch milder.

5) Wegen Preußen s. Beseler S. 209. 210. Wegen Sachsen Weiß S. 209. nr. 7. (wornach Bauer Abh. II. 89. not. a. zu berichtigen ist). vgl. Mot. z. sächs. Entw.

6) Davon sagt Häberlin I. 155 gar nichts. Besser Mittermaier z. F. §. 128 a. n. 12.

7) Art. 110.

8) Unrichtig zieht Breidenbach S. 546 den §. 57 mit herein. s. auch Hamb. Entw. 1849. Art. 56.

9) In Sachsen neigt sich die Praxis zu der sehr weiten Begriffsbestimmung von Krug. s. Weiß S. 207—210. vgl. Günther Bem. S. 37. 38. Groß I. 120. 121. und Bem. S. 26 f. N. Jahrb. 1841. H. 1. S. 122 ff. Held u. Siebdrat S. 97. 98. vgl. Schaffrath S. 593—595.

10) Häberlin I. S. 157. 158 läßt das wirt. Art. 333. 350. 360 aus. Jetzt sind allerdings diese Bestimmungen, welche in der Praxis viel Bedenken erregt hatten (Hufnagel StrafGB. m. Anm. S. 115. not. 2. S. 343. 344. 370), durch Ges. 13. Aug. 1849. Art. 27 aufgehoben. Mittermaier übergeht den Punkt ganz.

11) Sächs. GB. Art. 50. 51 (Günther Bem. S. 38. 39. Groß I. 121. II. 16. 17. Krug Stud. I. 97 f. II. 173. Weiß S. 213—229, auch Krug

— Außerdem enthalten die neuen Gbücher meist im besondern Theile noch mehr oder weniger Ausnahmsfälle, in welchen die ideale oder reale Konkurrenz eine andere (meist härtere) Behandlung erfährt. Damit begnügen sie sich jedoch nicht, sondern führen daneben noch eine Reihe den allgemeinen Grundsätzen im Wesentlichen entsprechend behandelter Konkurrenzfälle im besondern Theile theils geradezu [1]), theils in der Form von Erschwerungsgründen auf, eine Behandlungsweise, welche in der Praxis nothwendig zu mancherlei Zweifeln und Verwirrungen führen muß [2]), wie dies andrerseits auch in manchen Fällen eintritt, wo die Gbücher es im Gebrauch haben, eine gewisse Strafe mit dem Beifügen anzudrohen, „wenn die Handlung nicht in ein schwereres Verbrechen übergehe", wo keineswegs jedes Mal unbedingt die Grundsätze über Konkurrenz ausgeschlossen sind [3]). Bei der zum Theil sehr schwierigen Auslegung der zweifelhaften Fälle muß hier die Oekonomie des betr. Gbs entscheiden; allgemein zutreffende Regeln lassen sich wohl kaum darüber aufstellen, um so weniger, da die Auslegung oft genug auf dem Boden eines und desselben Gbs rathlos dasteht [4]) und durch die betr. Bestimmungen die ohnedies schon schwierige Unterscheidung wirklicher und bloß scheinbarer Konkurrenzfälle doppelt erschwert wird [5]). — Noch entstehen hinsichtlich der Konkurrenz zwei praktisch wichtige Fragen: a) Finden die Grundsätze des StrafGbs auch dann Anwendung, wenn mit Verbrechen oder Vergehen bloße Polizeiübertretungen zusammentreffen? Nichts ist darüber bestimmt im bair., hannövr., hess. GB. [6]). Bejaht ist die Frage in Wirtemberg [7]) für alle Polizeivergehen, ebenso der Regel nach in Baden [8]) (d. h. für alle gerichtlich

---

Konkurrenz S. 44—46, falsch Bauer Abh. II. 89. not. b.). Braunschw. §. 55, 3. vgl. Breym. S. 215 (streng u. eigenthümlich). Thüring. Art. 53. Oestr. §. 173. Hye S. 475—478. Hannövr. Art. 319. Grisebach in v. Bothmer Erört. I. nr. 7 u. Leonhardt I. 471. n. 25 (?). vgl. jedoch die vor. Note über die in Wirtemb. gemachte Erfahrung. Wadtländ. GB. Art. 309. 332. Eigenthümlich ist die Bestimmung des hess. GBs Art. 375 j. 384. 396. Breidenbach I. 2. S. 570. Gegen die ganze Einrichtung s. nun auch die Mot. z. sächs. Entw. Art. 74—77. Krug in den N. Jahrb. VII. 22—24.

1) Wo man denn von zusammengesetzten Verbrechen sprechen kann. Hye S. 467. 468.

2) Beispiele in Menge bei Hye S. 467—471 (nicht zu verwechseln mit den S. 478—488 angef. Fällen, worunter jedoch einiges dem östr. GB. Eigenthümliche vorkommt u. der S. 488 erwähnte Fall der Tödtung durch widerrechtliche Einsperrung offenbar unrichtig entschieden ist, wie auch einige der S. 495. 496 angef. Fälle), ferner bei Leonhardt I. 450—452. Breidenbach I. 2. S. 564—568. Krug Konkurrenz S. 22—26. (Gerade die sächs. Praxis ist sehr geneigt, aus 2 Verbrechen Eines zu machen Weiß S. 210. 211). Hepp I. 795 f. Bad. GB. §. 170. 181. 182 (Thilo S. 180 ob. 187 ob.). Braunschw. z. B. §. 204. Thüring. z. B. Art. 161. Preuß. z. B. §. 285.

3) Theilweise A. M. Hye S. 487. 488. 495. 496. s. dag. Leonhardt S. 453.

4) s. bes. die eingehenden Ausführungen von Hye u. Leonhardt. vgl. auch diesen in v. Bothmer Erört. I. 237 ff.

5) vgl. Hye S. 511 Note.

6) Von Leonhardt I. 446. 447 wird gleichwohl die Frage bejaht, vgl. v. Bothmer I. 140; von Breidenbach I. 2. S. 571—573. s. auch bair. VO. 12. Sept. 1815 (bejahend). Bair. Strafger. II. 303.

7) Pol.strafGB. Art. 95 (daher falsch, was Breidenbach S. 573. n. 2. anführt). Strafproz.O. Art. 14 (mit einer unbedeutenden Ausnahme). Auf Preßvergehen finden die Grundsätze über reale Konkurrenz keine Anwendung. VO. 25. Jul. 1848. Art. 2.

8) Einf.Ges. 1851. §. 19. 20. 42. 109.

zu erledigende), Oestreich für alle im Strafgb. aufgeführten [1], ebenso in Braunschweig [2]) und nach dem thüring. GB. [3]). Dagegen ist nach dem preuß. GB. §. 338 die Bestrafung der Uebertretungen von daneben begangenen Verbrechen oder Vergehen ganz unabhängig [4]). Das Gleiche ist in der Regel in Sachsen der Fall [5]). b) Finden sie dann Anwendung, wenn mit im Strafgb. enthaltenen Delikten andre, in andern Gesetzen mit Strafe bedrohte Handlungen ideal oder real konkurriren? Bei realer Konkurrenz findet hier nach Oestr. Recht durchaus abgesonderte Behandlung statt [6]). Ebenso in Wirtemb. bei Finanz- und Forstvergehen, soweit sie nicht zur Kompetenz der Gerichte gehören und bei Administrativdienstvergehen (außer dem Pol.strafGB.), soweit sie nicht mit den konkurrirenden gerichtlichen Vergehen im Zusammenhang stehen oder doch eine Verbindung der Strafen sich erwarten läßt [7]). Ebenso (mit ähnlichen Modifikationen) in Sachsen, Hessen, Braunschweig [8]). Das thüring. GB. unterwirft dagegen seinen Bestimmungen über die Konkurrenz alle Uebertretungen (namentlich alle Polizeivergehen und Defraudationen von Wege- oder Gemeindeabgaben), sowie alle Arten von Vergehen und Verbrechen [9]). Ebenso das preußische [10]). Das badische wenigstens alle zur Kompetenz des Bezirksamts gehörigen Delikte (worunter auch Zoll- und Steuervergehen und überhaupt der Regel nach alle Verwaltungsstrafsachen zu verstehen sind) [11]). — Stellt sich eine und dieselbe Handlung als ein im Strafgb. verpöntes und zugleich als ein anderweitig mit Strafe bedrohtes Delikt dar, so kann eine wahre ideale Konkurrenz vorliegen, welchenfalls aber die meisten neueren Gesetzgebungen die Praxis rathlos lassen, sofern sie die Delikte vor verschiedene Behörden verweisen und doch Bestimmungen über die ideale Konkurrenz aufstellen, die dazu gar nicht passen [12]). Es kann aber auch bloß scheinbare Konkurrenz vorliegen, sofern die Handlung hier als genus, dort als species erscheint, oder der administrative (polizeiliche) Gesichtspunkt im kriminellen untergeht [13]).

---

1) GB. §. 35. Hye S. 461.
2) Breym. S. 214.
3) s. zwar Strafpr.O. Art. 56, 2. 3; vgl. aber StrafGB. Art. 57.
4) Auch wird bei Konkurrenz von Uebertretungen an sich rein addirt. Goldtammer II. 718. vgl. Krug R. sächs. IB. VII. 6. 12.
5) Weiß S. 211. nr. 7. vgl. S. 23—26. R. Jahrb. VII. 68 ff. s. noch bes. das Zoll- und das Steuerstrafgesetz. Ueber Forstdiebstähle s. R. Jahrb. II. 350 f. Held u. Siebdrat S. 411. 413.
6) Hye S. 500—502 Note.
7) Strafpr.O. Art. 14. Hufnagel II. 481—484. vgl. Bair. Zollstrafges. 1837. §. 22.
8) Weiß S. 23—26. vgl. R. Jahrb. VII. 68 f. Breidenbach I. 2. S. 571—573. Breym. S. 214. Nur in Hessen giebt es gar keine Ausnahmen.
9) Strafpr.O. Art. 2. 9. 56. j. StrafGB. Art. 57.
10) Einf.Ges. Art. II. VIII—X. j. StrafGB. §. 55—57. 337. 338.
11) Einf.Ges. 1851. §. 19. 20. j. §. 16. nr. 27. 29. u. §. 5. Eine Bestimmung über ideale Konkurrenz enthält das bair. Preßges. 17. März 1850. Art. 4.
12) Auszunehmen sind die thüring., preuß., und für die Regel auch die badische Gesetzgebung. vgl. das eb. a. bair. Ges. — Nach östr. Recht ist auch hier Kumulation der Strafen angeordnet. Hye S. 500—505. Dasselbe wird auch nach den übrigen neuen Gesetzgebungen anzunehmen sein.
13) Hye S. 505—511. vgl. Weiß S. 23. d. S. 25. nr. 5.

§. 139.

Eine fernere einfache Anwendung findet die Regel des §. 136 dann, wenn dem Verbrecher vor Erkennung der Strafe unverschuldete Uebel von Seiten des Staats in Beziehung auf sein Verbrechen zugefügt worden sind, oder wenn er widerrechtlich in Haft gekommen, oder seine Haft ohne sein Verschulden verlängert worden ist, — welchenfalls der Richter den Werth hievon an der zu erkennenden Strafe abzuziehen hat. N. Rev. §. 214 [1]).

1) Es ist vor Allem unzuläßig, den Strafabzug, der hier lediglich die Abrechnung eines Vorempfangenen ist, unter den Gesichtspunkt einer Strafmilderung zu stellen, wie meist die Aelteren thaten [2]), oder gar vollends damit die Qual, welche dem Verbrecher das Verbrechen selbst verursache [3]), resp. den Verlust des vom Verbrechen erwarteten Vortheils [4]) gleichzusetzen. Betr. Falls ist daher stets die ganze verdiente Strafe auszusprechen und nur beizufügen, daß sie theilweise oder ganz als bereits verbüßt anzusehen sei [5]). Im Uebrigen ist die Sache selbst in der Doktrin allgemein anerkannt und nur zweierlei bestritten: a) Welcherlei unverschuldete [6]) Uebel hier überhaupt in Betracht kommen? Allgemein anerkannt ist dies von solchen, welche der Verbrecher durch Schuld der Staatsorgane erlitten hat, wobei nur hie und da mit Unrecht bloß unverschuldete Haft berücksichtigt wird, die nur ein Beispiel bildet [7]). Mit Recht dehnen es aber Viele [8]) auch auf Haftverlängerung aus, die der Verbrecher ohne seine Schuld durch die Schuld andrer Personen (z. B. von Vertheidigern, Sachver-

---

1) Tiraquell. de poen. tempor. caus. c. 14. Carpzov. qu. 149. n. 43—48. Kaulfuss de carcere diuturno poen. crim. temperante. 1742. Leyser sp. 580. m. 52. sp. 645. m. 12. Böhmer ad C. qu. 149. obs. 2. Pufendorf. proc. crim. c. 25. §. 37. Grantz def. inquis. P. 2. p. 389 sq. Quistorp §. 112. Klein §. 174. Kleinschrod II. §. 100. 101. Feuerbach §. 99. Grolman §. 115. 117. Oersted Grundreg. S. 386—391. Tittmann §. 131 a. E. Hurlebusch Beitr. z. Civ. u. Krim.gesetzgeb. I. nr. 8. Henke I. 568. Martin §. 56. Wächter I. §. 119. Roßhirt Entw. S. 83—85. Abegg im N. Arch. XIV. 153 ff. Bauer §. 137 Anmerk. Hefftер §. 156. 157. Marezoll S. 178. 179. Mittermaier n. 1. z. F. §. 99. Gesterding Ausbeute III. 276 ff. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 77—83.

2) Auch noch Feuerbach, Martin, Roßhirt, Hefftер u. A. s. dag. schon Heisler D. de just. poen. mitig. causis §. 30 u. nun fast Alle; vgl. bes. Abegg a. a. O. Tittmann spricht gar von einer Begnadigung! (vgl. Carpzov. n. 47.)

3) So Klein §. 174.

4) So Stelzer Grundſ. d. peinl. R. Kap. 10. §. 15. 16. s. dag. Kleinschrod II. §. 82. — od., wie Tittmann, das Brechen des Stricks beim Hängen!

5) Abegg §. 174—179.

6) Daß verschuldete nicht in Betracht kommen, darüber s. schon Carpzov n. 48. Leyser sp. 580. m. 52. Wernher Obs. III. 159.

7) s. dag. Quistorp §. 112. n. d. u. die dort Angef. Kleinschrod §. 100. Feuerbach, Oersted a. a. O. Abegg Lb. S. 215 (vgl. die Abh. S. 157. 158). Wächter, Roßhirt, Bauer, Hefftер, Marezoll a. a. O. A. M. Henke, Jarcke I. 329 u. Baumeister. s. dag. auch Bauer Abh. I. 195. 196.

8) A. M. Carpzov l. c. Feuerbach, Grolman, Henke, Martin, Wächter, Roßhirt, Bauer, Marezoll a. a. O.

ständigen, Zeugen, Mitschuldigen) oder durch Zufall erlitten hat [1]). b) Ob der gerechte Abzug bei allen Strafen zuläßig sei? Hier versteht sich nun wohl von selbst, daß bei lebenslänglicher Freiheitsstrafe der Abzug unverschuldeter Haft sich von selbst aufhebt [2]) (soweit nicht etwa nebenbei Schärfungen stattfinden sollen, bei denen dann allerdings der Abzug in's Werk zu setzen wäre); aber auch nur dieser. Hätte der Verbrecher unverschuldete Uebel andrer Art erlitten, so wäre wegen dieser allerdings von der lebenslänglichen Dauer abzugehen [3]). Noch weniger liegt irgend ein zureichender Grund vor, die Todesstrafe auszuschließen [4]). Die Behauptung, daß diese Strafe eine absolute, untheilbare, auf höherer Nothwendigkeit beruhende sei, deren Natur einer Abrechnung widerstrebe [5]), enthält theils eine petitio principii, theils ist sie mystisch, theils beweist sie nichts, weil die Todesstrafe als höchste gegenüber allen übrigen, namentlich der ihr am nächsten stehenden lebensl. Freiheitsstrafe doch unfehlbar auch quantitativ bestimmt ist, nur daß der quantitative Abzug hier nothwendig zu einer andern Qualität führt; theils ist es endlich ein Widerspruch, wenn gleichwohl schließlich der Regent angegangen wird, den Abzug im Wege der Gnade zu machen. Lediglich frivol ist dagegen die Behauptung [6]), daß der todeswürdige Verbrecher sich erst noch höflich dafür zu bedanken habe, daß man ihn (unter unverschuldeten Qualen!) länger habe leben lassen!

2) Anerkannt ist der fragliche Grundsatz im gemeinen Recht [7]), freilich zunächst nur in Konsequenzen, aber so, daß sich daraus auf eine ausnahmslose

---

1) z. B. Kaulfuss, Quistorp, Kleinschrod, Oersted, Abegg, Jarcke, Heffter a. a. O. — Zuweit geht dag. Mittermaier, wenn er überhaupt sehr lange Dauer der Untersuchung als Grund für einen Strafabzug nennt. Baumeister will alle Haft auf die Strafe angerechnet wissen, soweit sie nicht etwa der Verbrecher durch positive Unwahrheit selbst verlängerte.

2) A. M. Kleinschrod, Heffter §. 157. not. 2. Marezoll S. 179, daher Abegg N. Arch. XIV. 180 ob. zuviel sagt. s. übr. hier die richtige Entscheidung. vgl. Hurlebusch a. a. O. Feuerbach §. 99. n. 3. Dag. sind die Gründe mancher Andern, z. B. von Grolman §. 116. not. b. Klein §. 174 rc. nicht stichhaltig. Sehr oberflächlich ist Roßhirt S. 84. Tittmann, Martin, Jarcke, Henke, Mittermaier sprechen sich nicht aus.

3) A. M. Abegg a. a. O. u. Lb. S. 215. Klein, Feuerbach, Grolman, Oersted, Roßhirt a. a. O. s. dag. Wächter, Bauer, Kleinschrod, Heffter.

4) Dafür sind Carpzov, Leyser l. c. Hommel rhaps. quaest. obs. 100. Grantz l. c. Quistorp (sehr unbestimmt), Kleinschrod, Feuerbach, Martin §. 57. n. 3. Wächter, Heffter, Marezoll, Hepp Theorie d. Zurechnung S. 53. Gesterding, Mittermaier n. 2. z. F. §. 99 (freilich meist unmotivirt). Dagegen sind Böhmer, Pufendorf l. c. Westphal Krim.R. Anm. 37. §. 4. Klein, Grolman, Oersted, Henke, Roßhirt, Jarcke, Abegg, Bauer Anm. I. 589. 590. Baumeister. Unentschieden läßt die Frage Tittmann. Aeltere bejahten wohl die Frage, wenn die Todesstrafe durch ein menschliches, nicht aber wenn sie durch ein göttliches Gesetz gedroht sei. s. die Erk. bei Leyser sp. 580. m. 52. u. bei Berger Electa p. 285.

5) Abegg N. Arch. XIV. 180. 181. Lb. S. 215.

6) Roßhirt S. 84. Breidenbach I. 1. S. 451. n. 4., und weniger leichtfertig Oersted a. a. O. Bauer Anm. a. a. O.

7) L. 25 D. de poen. (48. 19). L. 23 C. eod. (9. 47). vgl. Kleinschrod II. §. 101. Abegg im N. Arch. a. a. O. Heffter §. 156. n. 1. — Wirt. Gesetze b. Gerstlacher II. 55. 56.

Regel schließen läßt [1]). Unbedingt spricht diese denn auch der Cod. Max. aus (I, 1. Art. 27), desgleichen die Theresiana (Art. 11 §. 10. „Andertens"), beide freilich in der Regel nur für langwieriges unverschuldetes Gefängniß [2]). Die Theres. beschreibt die Wirkung nicht näher; sie führt das Moment nur überhaupt mit unter den Gründen auf, welche zur Strafmilderung führen sollen. Der C. Max. sagt dagegen, der Umstand entschuldige „in atrocissimis von der härtern Todesstraff und dem Zusatz [3]), in denen übrigen Verbrechen aber von aller Leibs- und Lebensstraff." Das östr. GB. §. 46, k führt nur unverschuldet verlängerte Haft (gleichviel wer sonst die Schuld davon trage) als Milderungsgrund auf [4]), wovon freilich die Wirkung eine sehr geringe ist, da nach diesem Rechte die Milderungsgründe in der Regel nur innerhalb eines Strafrahmens, namentlich nie auf Todes- und lebensl. Freiheitsstrafe wirken (derselbe wirkt überall nur auf zeitliche Freiheitsstrafen) [5]). Dagegen führt das bair. GB. zwar auch nur unverschuldete Haft (wenn sie über 1/2 Jahr dauert!) und nur als Mild.grund auf, läßt aber die Dauer an der zeitlichen Freiheitsstrafe einfach abrechnen, resp. diese ganz absorbiren [6]). Bei lebensl. Freiheitsstrafe ist der Umstand ohne Wirkung; bei Kapitalverbrechen hebt er den verschärfenden Zusatz und, wenn der unverschuldete Arrest 2 J. und drüber gedauert hat, die Todesstrafe selbst auf [7]). — Wie ungemein nun aber die neue deutsche Gesetzgebung [8]) variirt, davon giebt eben dieser so einfache Punkt ein merkwürdiges Zeugniß. Einstimmung besteht fast nur in dem Einen Punkte, daß Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe von der Frage unberührt bleiben [9]). Was zunächst a) die Stellung der betr. Bestimmungen betrifft, so finden sie sich bei den meisten [10]) (wie in Oestr.

---

1) Dies ist freilich bestritten. s. Anm. 1.

2) Gleichviel, wer sonst daran Schuld habe. Anm. z. Cod. M. a). Dieses GB. fordert Gef. von „Jahr u. Tag", was sich jedoch nach den Anm. nur auf die poena ordin. bezieht. Die Theres. „Drittens" läßt bei geringeren Delikten auch andre Uebel wirken.

3) Dafür, daß hier das Gesetz nicht weiter gehe, berufen sich die Anm. auf die l. 23 C. cit. und auf Jul. Clarus.

4) Hye S. 595 findet darin gar eine Anwendung des Begriffs der Gnade! s. dag. Jenull I. 409. 410. (vgl. übrigens §. 17 u. Hye S. 378. 379.) s. jetzt Strafpr.O. 1853. §. 313.

5) Bei Vergehen u. Uebertretungen ist er nicht aufgeführt.

6) Bei Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit findet sich eine eigene Bestimmung.

7) Art. 104. 105. Bl. f. Rechtsanwendung X. 238. Strafger. II. 169. III. 394. 451. Das oldenb. GB. Art. 111 läßt den Grund bei Kapitalverbrechen nicht, dagegen auch bei kürzeren Freiheitsstrafen wirken. vgl. Oersted a. a. O. u. d. Anm. I. 244. 245. Marezoll S. 179. n. 3 thut dem bair. GB. Unrecht. Gänzlich ungenau hins. der neueren Gbücher im Ganzen ist Häberlin I. 153. 154. Richtig, aber zu wenig bestimmt ist das Zürch. GB. §. 87.

8) Das preuß. GB. läßt die Frage ganz unberührt, eben wie das französische. vgl. Beseler S. 88. 89. Goltdammer I. 163. 164. 179 (s. jed. die früheren Entwürfe). Temme Gl. S. 113. vgl. 68. s. übrigens den Entw. d. Strafpr.O. §. 508 (mangelhaft).

9) Hierin steht also das bair. GB. isolirt. Auch die neueren Entwürfe sind von dem Art. 105 abgegangen. Damit hängt es denn wohl zusammen, daß mehrfach die Motive (s. z. B. die braunschw., die neuen bairischen 2c.) die Maßregel nur als eine Sache der Billigkeit darstellen, was ganz verkehrt ist. Leonhardt I. 438.

10) Anders im hess. GB. Art. 34, im bair. Entw. Art. 86, im sächs. Entw. Art. 27, im hamb. 1849. Art. 11.

u. Baiern) unter den Milderungsgründen; daraus kann ein praktischer Nachtheil folgen, da meist die Behandlung in der Sache selbst weder richtig vorgeschrieben, noch richtig in Uebung ist (richtig, d. h. daß die verwirkte Strafe ausgesprochen und nur beigefügt wird, daß sie theilweise oder ganz als verbüßt zu betrachten sei [1]). b) Als Grund für die fragliche Operation nennen die meisten Gbücher (wie das östr. und bair.) nur unverschuldeten Untersuchungsarrest; und zwar ist hierunter (das östr., bair. u. hess. GB. ausgenommen) [2]) nicht bloß ein unverschuldet verlängerter, sondern auch ein unverschuldet (daher rechtswidrig) angelegter Arrest zu verstehen [3]). Was aber als unverschuldet verlängerter Arrest zu gelten habe, ist bestritten, namentlich ob auch Verlängerung durch Mitschuldige [4])? ob Verlängerung durch Zufälle, woran der Richter ohne Schuld ist [5])? Das wirt. u. braunschw. GB. fügen nun aber ferner noch andre unverschuldete Uebel hinzu, die der Verbrecher durch die Behörden oder deren Diener in Beziehung auf seine Uebertretung erlitten hat [6]), was das bad. GB. §. 158 nur als Strafminderungsgrund gelten läßt [7]). c) Die Form der Vorschrift lautet in den meisten Gbüchern präzeptiv, dagegen in einigen [8]) bloß fakultativ. d) Obgleich nun aber Natur der Sache und gemeines Recht einer Beschränkung der durch die Gerechtigkeit gebotenen Maßregel nicht das Wort reden, so haben doch alle neuen Gbücher seit dem bairischen dieselbe auf zeitliche Freiheitsstrafen eingeengt, denen jedoch einige [9]) noch die Geldstrafen bei-

---

1) Anders natürlich in den in der vor. Note erwähnten Gesetzgebungen. s. dagegen sächs. GB. Art. 63. Weiß S. 271. nr. 6. Wirt. GB. Art. 114. Hufnagel III. 140. StrafGB. m. Anm. S. 497. Hannövr. Art. 103 (ganz verunglückt, da der Art. den Richter völlig rathlos läßt. Leonhardt I. 438 ff.). Braunschw. §. 61. Bad. §. 156. 157. j. 158. Thüring. Art. 60. vgl. dag. die bair. Mot. zu Art. 86. Hufnagel a. a. O. Leonhardt I. 438 unt.

2) Ueber diese wunderbare Eigenthümlichkeit verliert Breidenbach I. 1. S. 455—457 kein Wort. Ebenso freilich der neue bair. Entw.

3) Ausdrücklich gesagt im sächs., wirt., bad., thüring. GB., im sächs. Entw., stillschweigend im hann. u. braunschw. vgl. N. sächs. JB. 1844. S. 410 f. 1848. S. 371.

4) Dagegen Hufnagel I. 639 u. Beidtel ib. cit., Breidenbach S. 456 (der selbst Verlängerung durch einen gewählten Vertheidiger ausschließt!). Anders Weiß S. 270. nr. 2 u. die angef. Praxis. N. Jahrb. 1844. S. 412. Held u. Siebdrat S. 119. Leonhardt S. 444, und nach dem Wortlaut aller neuen Gbücher offenbar richtiger. s. auch Hufnagel Strafgb. mit Anm. S. 497.

5) A. M. Abegg; s. dag. Breidenbach a. a. O., Hye S. 595. Leonhardt a. a. O. Hufnagel I. 245. Sächs. GB. Art. 63 u. die übrigen, die entw. allgemein lauten, oder ausdrücklich von zufälligen Umständen reden. Ueber den Fall, wenn die Strafe wegen Ueberfüllung der Anstalt ꝛc. ꝛc. nicht angetreten werden kann, s. Goldtammer I. 163. Temme Gloss. S. 68, vgl. dag. die richtige Bestimmung des hess. GBs Art. 32. Ein merkwürdiges Beispiel s. in meiner Schrift: Auerswald u. Lichnowsky. vgl. Schaffrath S. 621—623.

6) Hufnagel I. 246. 247. II. 815. III. 139. 140. Unbegründeter Tadel bei Breidenbach S. 455. s. dag. Leonhardt I. 444.* Hye S. 596.

7) eben wie die Haft überhaupt, sofern nur der Angeschuldigte die Verlängerung nicht selbst verschuldet hat (?). vgl. Mittermaier n. 1. z. F. §. 99. Thilo S. 171 (jedenfalls Halbheit).

8) Sächs. GB. u. Entw. Thüring. GB.

9) Wirt., bad., thüring. u. braunschw. GB. (Breym. S. 222). Sächs. u. bair. Entw. Ueber die Berechnung bei Geldstrafen s. Hufnagel III. 140 (abweichend vom bad. und braunschw. GB.). vgl. Breidenbach S. 454.

gefügt haben. Nur das hannövr. GB. spricht allgemein von zeitlichen Strafen [1]). Auch über die Art und Weise der Abrechnung an zeitlichen Freiheitsstrafen variiren die Bestimmungen. Zunächst läßt das bair. GB. (auch der neue Entw.) eine solche überhaupt nicht bei geringeren Freiheitsstrafen zu [2]). Sodann aber entsteht die Frage [3]), ob hier, wie sonst bei Milderungsgründen, bei Erschöpfung des Minimums der Strafart in die nächst niedrigere herabzugehen sei? Konsequent wäre dies allerdings; gleichwohl verneinen es außer dem östr. [4]) alle Gbücher, in der Sache ganz richtig, eben weil es sich nicht um eine Strafmilderung handelt. Einige setzen auch ausdrücklich bei (was sich nach der richtigen Auffassung von selbst versteht), daß durch den Abzug an der Dauer die Strafart mit ihren gesetzlichen Folgen nicht geändert werden dürfe [5]). Darnach versteht sich aber von selbst, daß betr. Falls unter das Normalmaß der geringsten Dauer der betr. Strafart herabzugehen ist [6]). Endlich fragt sich, ob rein nach der Zeitdauer abgerechnet oder ob bei schwereren Strafarten die Dauer des unverschuldeten Arrests auf ein entsprechendes geringeres Zeitmaß reduzirt werden soll [7])? Die meisten Gbücher sprechen (wohl mit Recht) das Erstere aus.

§. 140.

Eine dritte Anwendung der Regel des §. 136 bildet die Strafverwandlung im Fall der Unmöglichkeit der Vollziehung der gesetzlich vorgeschriebenen Strafe, welche eine physische oder rechtliche sein kann. Solchen Falls muß nämlich der Richter den Willen des Gesetzes, damit es nicht unvollzogen bleibe, in einer andern Form vollziehen, d. h. eine von der unanwendbaren Strafe der Art nach verschiedene, dem Grade nach aber ihr gleiche substituiren. N. Rev. §. 214 und S. 895—897 [8]).

---

1) Darunter versteht Leonhardt S. 441 neben den zeitlichen Freiheitsstrafen auch die Geldstrafen und die Suspension, Bauer Anm. I. 591 u. Schlüter S. 84. n. 27 auch die Dienstentsetzung und Dienstentlassung. vgl. N. Jahrb. (sächs.) 1844. S. 413. Der Strafminderungsgrund des bad. GBs §. 158 ist allgemein ausgesprochen (abermals Halbheit).

2) Der Entw. setzt nur statt ½ Jahr bloß 3 Monate. Höchst willkührlich nimmt Breidenbach S. 456 für das hess. GB. eine ähnliche Beschränkung an. s. übr. N. sächs. JB. VII. 311.

3) Natürlich nur bei den Gbüchern, welche den falschen Gesichtspunkt einer Strafmilderung aufstellen, wie freilich die meisten thun.

4) Dieses läßt den „Mild.grund" überall nur als Strafminderungsgrund wirken.

5) Am meisten Zweifel erregt das hannövr. GB. s. aber Leonhardt S. 439. 440.

6) A. M. N. Jahrb. (sächs.) 1844. S. 415. s. dag. Weiß S. 271. nr. 3. 4.

7) Hiefür ist Wächter N. Arch. XIV. 324. n. 19. vgl. Goldtammer I. 163. n. 2. s. dag. Hufnagel I. 247. Breidenbach S. 452. n. 1. N. Jahrb. a. a. O. S. 413. 414. Mittermaier n. 4 z. F. §. 99. Nur das hannövr. GB. und der bair. Entw. folgen jener Ansicht. vgl. Held u. Siebdrat S. 120 (gegen die richtige Ansicht des O.A.Gs).

8) Chladenius de arbitrio judicis in commut. poen. 1728. Menken de tergo subsidiario. 1685. Klein §. 174 (schief). Kleinschrod II. §. 127 ff. Grolman §. 116—118. Feuerbach §. 158. 159. Tittmann §. 62. Der-

1) Die Strafverwandlung darf eben nur im Falle der Nothwendigkeit, nicht willkührlich erfolgen [1]). Und zwar handelt es sich hier im Ganzen nur von einer Verwandlung der gesetzlich angedrohten, nicht der bereits rechtskräftig erkannten [2]) Strafe, welche letztere Frage in den Prozeß gehört [3]). In jenem Fall muß sie aber eintreten [4]), wobei zwar die Wahrheit, daß es schwer, ja unmöglich ist, einen absoluten Gleichungspunkt zwischen verschiedenen Strafübeln festzusetzen, nicht zu läugnen ist [5]), aber darin sowenig ein Grund zur Unterlassung der Operation liegt, als der Richter von der Anwendung eines und desselben Strafübels deshalb abstehen darf, weil dies nicht auf alle Individuen gleich wirkt [6]). Es kommt nur eben darauf an, die Gründe der Nothwendigkeit der Verwandlung gehörig zu bestimmen, was mehrfach nicht vollständig [7]), nicht richtig [8]) oder auch in ungebührlicher Ausdehnung [9]) geschieht. Sie sind theils —: A) physische; dahin gehört a) der Fall, wenn der Schuldige das Gut nicht oder nicht mehr besitzt, welches eben durch die gesetzlich bestimmte Strafe entzogen werden soll (z. B. Geld, Amt, bürgerliche Ehre ꝛc.) [10]); b) wenn lokale Gründe die Vollziehung unmöglich machen [11]). B) rechtliche; a) wenn vermöge der individuellen Beschaffenheit des Schuldigen die gesetzliche Strafe in eine höhere Strafart umschlagen würde (z. B. schwere Arbeitsstrafe, körperliche Züchtigung bei einem Gebrechlichen) [12]), b) im Falle der Konkurrenz mehrerer Strafen (wo denn auch physische Unmöglichkeit eintreten kann) [13]) s. o. Mit Unrecht werden aber noch andre Gründe hierhergestellt, namentlich aa) wenn die gesetzliche Strafe außer Gebrauch sei [14]); bb) wenn der Schuldige die gesetzliche Strafe nicht oder nur in

---

sted Grundr. S. 376—386. Martin §. 54. Henke I. S. 579 ff. Wächter I. §. 120. Roßhirt Entw. S. 486 ff. (handelt nicht vom Thema), Jarcke I. 306. Bauer §. 147. 148. Abh. I. 218—222. Abegg §. 154. Heffter §. 158. 159. Marezoll S. 165 ff. Mittermaier n. 1. 2 z. F. §. 159.

1) Sehr unbehilflich gelangt zu diesem einfachen Satze Kleinschrod §. 127.

2) Viele behandeln die Frage mit (z. B. Wächter) oder verwirren sie gar mit der hierher gehörigen (z. B. Kleinschrod, Bauer). Auffallender Weise spricht das Zürch. GB. §. 35 f. nur von Verwandlung rechtskräftig erkannter Strafen.

3) Martin §. 53. n. 1. vgl. Feuerbach Rev. I. 225 ff.

4) A. M. Mittermaier n. 1 in Beziehung auf Landesgesetze (!?).

5) Unnöthiges Gewicht legt hierauf Marezoll; s. auch Grolman, Henke, u. bes. Oersted.

6) vgl. Oersted S. 375—378, der hier verschiedene Gesichtspunkte durcheinander mengt (wie auch Klein). Die vernünftige Konsequenz jener Ansicht ist die, daß man neuerdings statt abs. bestimmter Strafgesetze relativ bestimmte giebt.

7) so z. B. bei Feuerbach.

8) z. B. bei Klein.

9) bei sehr Vielen, bald mehr, bald weniger.

10) L. 1 §. 3 D. de poen. (48. 19). l. 35 D. de injur. (47. 10). L. 6 C. de sep. viol. (9. 19). L. 4 C. de serv. fugit. (6. 1). II Feud. 53 §. 1. P.G.O. Art. 157. 216. vgl. Plitt anal. j. crim. p. 361 sq.

11) §. 6 J. de publ. jud. (IV. 18). P.G.O. Art. 104. 131. vgl. Bauer Abh. I. 219. ** (jetzt unpraktisch).

12) s. schon Carpzov qu. 140. n. 43 sq. u. die dort Citt.

13) Mit Unrecht stellt Bauer dies besonders. s. dag. Abegg Lb. S. 236.

14) so Bauer, Heffter. Hier hat aber der Richter nicht eine Strafe zu verwandeln, sondern die durch den Gerichtsgebrauch legitim gewordene anzuwenden. Diese zu verwandeln kann er aber allerdings im Falle sein, ebenwie jede gesetzlich bestimmte. s. auch Mittermaier n. 1.

geringerem Grade als Uebel empfinde [1]); cc) wenn die Strafe auf das Dasein einer gewissen Voraussetzung berechnet, diese aber im konkreten Falle nicht vorhanden sei [2]), dd) wenn der hauptsächliche Nachtheil der Strafe einen Unschuldigen treffen würde [3]); ee) wenn der Grund des Gesetzes dunkel und zweifelhaft sei [4]); ff) wenn der aus der Strafe fließende Vortheil geringer sei, als der gegenwärtige Schaden [5]); gg) wenn die Strafe dem Schuldigen vermöge seines Standes empfindlicher fallen würde. Zu läugnen ist allerdings nicht, daß das römische Recht den höhern Stand geradenwegs zum Privilegium für mildere Bestrafung machte [6]), wogegen das kanonische den entgegengesetzten Grundsatz ausspricht [7]). Das gemeine deutsche Recht stellt keine allgemeine Norm auf, enthält aber mehrere Bestimmungen, die sich möglicher Weise auch auf Berücksichtigung des Standes beziehen lassen [8]). Daher nahmen auch die älteren Kriminalisten meist an, daß bei arbiträren Strafen diese Rücksicht zu nehmen, namentlich betr. Falls beschimpfenden Strafen andre zu subrogiren seien [9]). Unter dem Gesichtspunkte, daß es sich hier nur um wahre Gerechtigkeit handle, behaupten es auch mehrere Neuere, und die Praxis folgte dieser Ansicht [10]), sowie sich auch die neuere Gesetzgebung mehrfach dazu bestimmen ließ, für Verbrecher höheren Standes eigene Freiheitsstrafen einzurichten. Bei dem schlechten Zustande der gewöhnlichen Straf-

---

1) so Beseke in Plitt anal. p. 164 sq. Grolman §. 116. Feuerbach §. 137. Oersted S. 366. 386. Schaffrath §. 84. Tittmann §. 63. vgl. Hurlebusch Beitr. z. Civil- u. Krim.gef.geb. H. 1. nr. 6. f. dag. schon Kress ad art. 137. §. 2. nr. 3. Böhmer Med. ad art. 137. §. 23. Henke I. 581 u. fast alle Neueren.

2) Hagemann u. Günther Arch. I. 79. Quistorp §. 99. Kleinschrod II. §. 127. Feuerbach §. 159. Jedenfalls zu unbestimmt. Das von Kleinschrod angef. Beispiel ist ohnedies unpraktisch.

3) Engau §. 85. Quistorp a. a. O. Kleinschrod a. a. O. Tittmann §. 62. f. dag. Henke I. 580.

4) Quistorp a. a. O.

5) Stelzer Grundf. I. c. 13. §. 5. f. dag. Kleinschrod §. 127.

6) L. 12 §. 1 D. de incend. (47. 9). L. 11 D. de sep. viol. (47. 12). l. 1 §. 3 D. de abig. (47. 14). l. 1 §. 5. l. 3 §. 5. l. 16 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 1 §. 13 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 9 §. 11—15. l. 10 pr. l. 15. l. 28 §. 2. l. 38 §. 7—9 D. de poen. (48. 19). R. Hommel in Martin Coll. Diss. I. 53 sq. Kleinschrod II. §. 70.

7) Csa. 25. qu. 1. c. 4. cap. 12 X de jurejur. (2. 24). Kleinschrod II. §. 71.

8) Art. 158. 160. vgl. 106. 114. 119. 159. Reichsgef. geg. Gotteslästerer 1495. §. 2. vgl. R.A. 1530. Tit. 2 §. 1. 1548. Tit. 1 §. 2. 1577. Tit. 1 §. 2. Kleinschrod a. a. O. vgl. G. J. F. Meister Ueb. d. Einfluß, welchen der Stand d. Verbr. ꝛc. 1784. §. 7.

9) Carpzov qu. 148. n. 38—41. Böhmer hiezu obs. 4. Nolden de nobilit. c. 12. §. 10. Koch instit. §. 154. 170. Mauritius de nobil. germ. th. 47. Pufendorf de arb. jud. circa poen. Quistorp §. 99. n. f. u. die dort Citt. — vgl. C. Maxim. I. c. 1. §. 25, dag. aber Theres. Art. 11. §. 11.

10) G. J. F. Meister princ. §. 125. Renazzi II. 5. §. 19. not. 1. Martin §. 63. n. 4 (bei unbest. Gef.). Jarcke I. 320. Wächter I. §. 118. n. 85 a. E. Häberlin I. 176. 177. Theilweise Oersted Grundreg. S. 375 ff. Ebenso nur in sehr geringem Maße Heffter §. 158. n. 5. Marezoll S. 167. n. 1. (wie Martin). Die meisten Neueren sind jedoch mit Recht dagegen. f. z. B. Kleinschrod II. 65—69. 104 (u. die dort Angef.). Tittmann §. 128. Henke I. 580. Bauer §. 142. Abegg S. 234. Roßhirt Lb. §. 92. vgl. auch die bei Tittmann Angeff. u. Mittermaier n. 1 z. F. §. 159. Temme Glossen S. 75. 76.

anstalten ließ sich dies auch in früherer Zeit einigermaßen rechtfertigen. Allein nach dem oben beim Strafensystem Bemerkten ist jede bloß auf den Stand berechnete Rücksicht der Art durchaus zu verwerfen [1]).

2) Durch die neuere Gesetzgebung ist jedenfalls das bequeme Auskunftsmittel der bisherigen Doktrin, unstichhaltige Strafverwandlungsgründe wenigstens bei unbestimmten Strafgesetzen (d. h. in der unendlich großen Mehrzahl der Straffälle) zur Geltung zu bringen [2]), mit Recht abgeschnitten, da die unbestimmten Strafgesetze verbannt sind und nur noch diejenigen Regeln in Anwendung kommen können, die man auch bisher schon bei bestimmten Strafgesetzen befolgte. Indessen sind diese in der Regel sehr mangelhaft behandelt, da sie unvollständig und nur beiläufig zur Anführung kommen [3]). Unter den physischen Gründen (Anm. 1) kann es sich allerdings nur noch um den unter A) a) angef. handeln, und in dieser Beziehung ist allerdings allgemein wenigstens der Fall berücksichtigt, wenn der zu einer Geldstrafe zu Verurtheilende zahlungsunfähig ist, wo dann die Geldstrafe in Gefängniß [4]) zu verwandeln ist. Das preuß. LR. (II, 20. §. 85) beschränkt dies nicht auf die geringeren Volksklassen [5]), sondern will nur, daß gegen diese überhaupt nicht auf Geldbuße erkannt werde. Indessen geben die neueren Gbücher die Bedingung verschieden an. Das eben angef. LR. nennt eben nur den Mangel an Zahlungsmitteln. Das bair. fügt den Armen (die nichts haben, oder selbst um Verwandlung nachsuchen) Minderjährige und Verschwender bei (Art. 34). Im Wesentlichen ebenso das wirtemb. (Art. 46) [6]). Das hannövr. (Art. 29) und das hess. (Art. 13. 14) lassen die Minderjährigen weg; ebenso das sächs. (Art. 21) und das thüring. (Art. 15), die dagegen noch die Gemeinschuldner nennen. Das bad. schreibt die Verwandlung vor bei Insolventen und bei Minderjährigen auf Antrag der Eltern; es läßt sie ferner zu bei Minderjährigen auf Antrag des Vormunds und bei Verschwendern. Eigenthümliche Bestimmungen sind in Beziehung auf die dem Verletzten zufallenden Geldstrafen beigefügt [7]). Das preuß. GB. (§. 17) nennt nur die Insolvenz [8]).

---

1) Freilich liegt in Deutschland sowohl das Strafsystem, als die rechte Würdigung der entehrenden oder minder entehrenden Natur der verschiedenen Verbrechen größtentheils noch sehr im Argen.

2) s. z. B. Martin §. 63. n. 4. Marezoll S. 167. n. 1. vgl. Feuerbach §. 160. Note u. A.

3) vgl. Mittermaier n. 2. u. Häberlin I. 174—181 (beide nicht genügend).

4) Damit sind die früheren Erörterungen über Ausgleichung der Geldstrafe mit körperl. Züchtigung, wie sie das röm. Recht zuließ, überflüssig geworden. s. z. B. Kleinschrod II. §. 128. Oersted S. 379 ff.

5) Dies meint Oersted S. 383. — vgl. Reskr. 24. Sept. 1834 (Mannkopf S. 21).

6) Der Zusatz: wenn Unvermögende es verlangen, fehlt; dag. ist bei Minderj. beigefügt: wenn die Eltern od. Vormünder die Buße nicht erlegen. Hufnagel I. 83—86. II. 893. III. 55. 56.

7) §. 159—161. Eine besondre Bestimmung in Bez. auf niedere öffentliche Diener enthält der §. 708. Geldstrafen über 1000 fl. können in (nichtentehrende) Arbeitshausstrafe verwandelt werden. §. 163. Die Fälle der alternativen Drohung von Geld- u. Freiheitsstrafe gehören noch nicht hierher.

8) Ist die zu verwandelnde Geldstrafe neben Zuchthaus auszusprechen, so ist sie in Zuchthausstrafe zu verwandeln. vgl. übr. hinsichtlich des Maximums Goldtammer I. 192 u. Temme Gl. S. 79.

Das östr. (§. 260) führt als Grund an: wenn die Geldstrafe den Vermögensumständen oder dem Nahrungsbetriebe des Schuldigen oder seiner Familie zu empfindlichem Nachtheil gereichen würde [1]). Um die lästigen Erkundigungen über Solvenz abzuschneiden, schlagen das thüring. GB. Art. 15, der bair. und sächs. Entw. [2]) einen neuen Weg ein, der Vieles für sich hat; es soll nur auf Geldstrafe erkannt und erst, wenn nach Ablauf einer gewissen Frist dieselbe nicht entrichtet wird, diese Strafe in Gefängniß verwandelt werden, jedoch mit Vorbehalt des Rechts für den Schuldigen, sich auch dann noch von der Freiheitsstrafe, resp. dem Rest derselben loszumachen [3]). — Nicht die gleiche Fürsorge treffen die meisten neuen Gbücher für andre Fälle der physischen Unmöglichkeit des Strafvollzugs [4]). Eine solche kann eintreten: a) bei Ehrenstrafen, wenn sie an solchen vollzogen werden sollen, welche die betr. Rechte bereits verloren haben. Bestimmungen hierüber haben nur einige wenige Gbücher [5]). Andern fehlen sie, weil sie keine eigenen Ehrenstrafen haben [6]), wieder andern trotzdem, daß sie solche haben [7]); b) wenn ein zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilter nach der Verurtheilung ein neues (nicht mit Todesstrafe bedrohtes) Verbrechen begeht. Auch diesen Fall bedenkt nur ein Theil der neuen Gbücher [8]). — Was dagegen B) die rechtlichen Gründe betrifft, so ist der unter a) genannte gleichfalls nur theilweise berücksichtigt. Für den Fall, wo körperliche Züchtigung lebensgefährlich wirken würde, ist er es in einigen Gbüchern [9]). Es kann aber auch der Fall eintreten, daß Freiheitsstrafen ohne schweren Nachtheil für die Gesundheit

---

1) Isolirt steht das braunschw. GB., welches gar keine selbständigen Geldstrafen kennt.

2) Und zwar nach dem bair. Entw. Art. 21 ohne neues Erkenntniß nach einem ein für alle Male kraft des Gesetzes bestimmten Maßstabe, nach dem sächs. (Art. 25. 26) durch neues Erkenntniß (wie das thüring. GB.).

3) Dieser Vorbehalt fällt für Verschwender und Gemeinschuldner nach dem sächs. Entw. weg. Zugleich behält derselbe auch dem Richter noch nach der Verwandlung das Recht vor, auf die Geldstrafe zurückzukommen (?). Das thüring. GB. hat keinen Vorbehalt.

4) Der Fall der Konkurrenz wird hier vorerst bei Seite gelassen, da er vorzugsweise unter die Kategorie der rechtlichen Nothwendigkeit der Verwandlung fällt.

5) Wirt. Art. 51—53. j. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 7. 8. (Ueber viele hiebei entstehenden Fragen s. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 52—54.) Braunschw. GB. §. 249. Bad. §. 169. Hess. Art. 441.

6) Dahin gehören das sächs., thüring.

7) Hierher gehören das bair., hannövr., preuß., östr. (§. 242. j. 259) GB.

8) Wirt. Art. 128. Braunschw. §. 25. Hess. Art. 102. Bad. §. 168. — Die Schärfungen, welche hier zur Anwendung kommen, sind als Strafe (Surrogatstrafe) zu betrachten. Höchst wunderlich ist es, wenn Krug Stud. I. 98. 111 in solchen Fällen die Grundsätze von der Konkurrenz angewendet wissen will. Nach dem franz. u. sardin. Recht erfolgt Todesstrafe auch wenn das neue Verbrechen nicht an sich todeswürdig ist (!). Wegen Preußen vgl. Temme Gl. S. 69.

9) Bair. GB. Art. 26. Wirt. GB. Art. 49. s. zwar Ges. 13. Aug. 1849. Art. 3. dag. Ges. 17. Juni 1853. Art. 9. 10. Im sächs. GB., das die Prügel mit so besondrer Vorliebe anwendet und sich sonst so ausführlich darüber verbreitet, fehlt es an Bestimmungen über diesen Punkt. vgl. Weiß S. 81. 82 (?) u. den Entw. Art. 13. Ueber Oestreich s. Hye S. 400—402. Das hannövr. GB. kennt die körperliche Züchtigung nur als Surrogatstrafe. s. übrigens Art. 24, 4. Das braunschw., hess., bad., thüring., preußische sind überall von diesem Makel rein.

nicht vollstreckt werden können. Für diesen ließ das preuß. LR. §. 87 statt aller zeitlichen Freiheitsstrafen auf Geldbuße erkennen. Andre Gbücher schließen dies jedoch mit Recht aus, um jede Bevorzugung der Besitzenden abzuschneiden [1]). Eine eigenthümliche Behandlung der Geldstrafe überhaupt findet sich im braunschweig. GB. [2]). Dagegen schreiben auf diesen Grund, d. h. auf die vermeintliche Nothwendigkeit der Wahrung der Rechtsgleichheit hin mehrere Gbücher [3]), wenn es sich von Verbrechern höheren Standes und höherer Bildungsstufe handelt, die Verwandlung der gewöhnlichen Freiheitsstrafen in Festungshaft vor, weil die Gleichstellung mit den Verbrechern der niedrigen Klasse und der Zwang zu den schweren Arbeiten der gemeinen Strafanstalten eine ungerechte Härte für jene mit sich bringen würde. Diese verwerfliche, bloß aristokratische Sonderung ist jedoch nicht zu verwechseln mit einer nach der Natur der begangenen Verbrechen sich bestimmenden Trennung der Freiheitsstrafarten, welche freilich bis jetzt erst sporadisch in einzelnen Anwendungen sich findet [4]). Endlich leiten aus dem Grunde a) mehrere Gbücher ganz mit Recht die Vorschrift ab, daß, wenn Gefängnißstrafen durch ihre Dauer den Nahrungsstand des Schuldigen oder seiner Familie gefährden würden, die Dauer der Strafe unter Hinzufügung der gesetzlichen Schärfungen verkürzt werden dürfe [5]). Auf ähnlichen Erwägungen (freilich ziemlich unbestimmter Art) beruht die hie und da angeordnete Verwandlung der Gefängnißstrafe in Handarbeit [6]). —

1) Bair. GB. Art. 34. Wirt. Art. 46. Hannövr. Art. 29. Stillschweigend enthalten dasselbe das sächs. (das aber freilich durch Art. 20 das Uebel auf andre Weise herbeiführt), hess., thüring., preuß. GB. Goldtammer I. 190. 191. Anders das östr. GB. §. 261, das aus ganz besondern Rücksichten Arrest in Geldstrafe verwandeln läßt, u. relativ das badische §. 707. Zürch. GB. §. 37. Wadtländ. GB. Art. 28. — Ueber die Frage, ob sofort die Strafe wegfalle, sobald u. soweit sie nicht vollzogen werden kann, s. Schaffrath S. 505. 506. A. M. Weiß S. 291. Wirt. Str.Proz.O. Art. 434 (vgl. jed. Strafgb. Art. 38! Goldtammer I. 112. 113).

2) §. 18. vgl. Breym. S. 177—180.

3) Bair. GB. Art. 19—21. 27. vgl. Anm. I. 101—104. Reskr. 8. Apr. 1815. Gönner Jahrb. I. 50. III. 146 (konsequent u. ohne weitere Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze). Wirt. GB. Art. 13. 18. 23 (inkonsequent und mit weiterer Privilegirung — beim Festungsarrest — verbunden; zum Theil verbessert durch das Ges. 13. Aug. 1849. Art. 2). Hannövr. GB. Art. 23. 30 V. 175 (!). s. dag. auch Leonhardt I. 147, der im Uebrigen der Bestimmung an sich das Wort redet. S. 127. 128. — Hess. GB. Art. 11. 293. 294 (beschönigt, so gut es geht, bei Breidenbach I. 1. S. 350—355. 469). Bad. GB. §. 52. 55. 62. vgl. jedoch §. 51 (schon weit weniger anstößig). Das sächs. u. thüring. GB. lassen Festungsstrafe nur im Wege der Begnadigung eintreten, was verwerfliche Halbheit ist. s. dag. das braunschw. GB. §. 13 u. die Mot. Breym. S. 171, desgl. das preuß. GB. u. über Oestreich Hye S. 372—375. s. übrigens §. 262 (Hausarrest). Das Erachten s. Meklenb. 1. S. 74. 75 will jedenfalls mit Recht die mildere Behandlung durch längere Dauer der Strafe aufgewogen haben.

4) z. B. die Einschließung im preuß. GB. A. M. scheint Goldtammer I. 100. s. aber die von ihm selbst S. 96—100 angef. Entwicklung des Gegenstands in der Gesetzgebung.

5) Bair. GB. Art. 30. Bl. f. Rechtsanwend. IV. 347. Hannövr. Art. 22. Oestreich §. 55. 260. b. Bedenklicher ist die hier (vgl. §. 248) zugelassene Verwandlung des Arrests in körp. Züchtigung bei Dienstboten, Gesellen, Lehrjungen zc.

6) Sächs. GB. Art. 14 (Groß I. 111. II. 63. Bemerk. S. 22. Weiß S. 98—102). Thüring. GB. Art. 14. vgl. auch hannövr. GB. Art. 12 (v. Bothmer II. 196 f. Leonhardt I. 94. 95).

b) Ueber den Fall der Konkurrenz s. o., wozu hier nur noch nachzutragen ist, daß die meisten Gbücher [1]) sowohl dann, wenn Jemand zugleich in Freiheitsstrafen verschiedener Art zu verurtheilen, als wenn er vor oder während der Verbüßung einer Freiheitsstrafe zu einer Freiheitsstrafe andrer Art auf's Neue zu verurtheilen ist, sehr zweckmäßig die Strafen geringerer Art in die härtere (natürlich unter Kürzung der Dauer) verwandeln lassen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen lassen ferner mehrere Gbücher eine Verwandlung der Freiheitsstrafe in körperliche Züchtigung eintreten bei (meist bloß bei ausländischen) Vagabunden, Bettlern u. dgl. [2]), — bei jugendlichen Uebertretern [3]), — und bei erwachsenen Personen, wenn sie aus Eigennutz, Rache, Bosheit, Muthwillen 2c. gewisse Verbrechen wiederholt verübt haben [4]).

3) Liegt nun einer der angeführten Gründe vor, so muß die unvollziehbare Strafe sofort in eine andre Strafart unter Einhaltung des gleichen Quantums verwandelt werden. Es genügt nicht, soviel zu vollziehen, als physisch möglich ist und das Uebrige dem Schuldigen zu schenken [5]). Gänzlich willkührlich war es aber natürlich, wenn die Aelteren in der Regel aus Mißverständniß des römischen Rechts [6]) dem Richter die Befugniß ertheilten, auch ohne das Dasein eines Verwandlungsgrundes die Infamie durch Erkennung einer härteren Strafe auszuschließen [7]). — Welche Strafarten nun aber eben, und in welchem Verhältnisse sie sich koordinirt, resp. subordinirt seien, das war nach gemeinem Rechte [8]), und war selbst nach Partikularrecht [9]) bis zur neueren Zeit außerordentlich schwer, ja meist unmöglich mit Zuverläßigkeit zu bestimmen. Die Verweisung auf die

---

1) Eine Ausnahme macht allein das östreichische. Spezielle Ausnahmen bestehen nach dem hess. GB. (hinsichtlich der Festungsstrafe). Breidenbach I. 2. S. 535 u. nach dem sächs. Ges. 30. Juli 1846. §. 1.

2) Bair. GB. Art. 31. s. dag. Ges. 12. Mai 1818. Art. 6. Bl. f. Rechtsanw. XV. 401. Sächs. Art. 22. 23 (unendlich roh; im neuen Entw. Art. 23 beibehalten!). Wirt. Art. 48. Hannövr. Art. 24. — s. Breidenbach I. 1. S. 310–313.

3) Bair. GB. Art. 99 (s. dag. Oldenb. Nov. 11. Okt. 1821). Sächs. GB. Art. 22 (Entw. Art. 23 modifizirt; s. aber Art. 13. 86). Hannövr. Art. 99. Wirt. Ges. 17. Juni 1853. Art. 10 (nur bei überlegter Bosheit, besonderer Verdorbenheit, beharrlicher Arbeitsscheue oder Genußsucht). vgl. dag. das östr. GB. §. 270 j. 253 (wo die Züchtigung nur als Straffchärfung aufgeführt ist).

4) Sächs. GB. u. Entw. a. a. O. Wirt. Ges. a. a. O. Hier sind die Bedingungen dieselben wie in der vor. Note, und das Individuum muß in der Regel ein solches sein, das zugleich oder schon früher die Ehrenrechte verwirkt hat. Auch hier steht daher die sächs. Gesetzgebung einzig in ihrer Art da.

5) Grolman §. 117 will erst dann zur Verwandlung schreiten, wenn der gesetzliche Strafgrad in keinem Theil, resp. die gesetzliche Strafart gar nicht anwendbar ist. s. dag. Wächter I. §. 120. n. 90. vgl. auch Klein §. 174. Oersted S. 378.

6) L. 63 D. de furt. (47. 2). L. 13 §. 7 D. de his qui not. (3. 2). L. 10 §. 2 D. de poen. (48. 19). L. 15 pr. D. ad municip. (50. 1). l. 4 C. ex quib. caus. inf. (2. 12).

7) s. dag. Kleinschrod II. §. 129. Grolman §. 171. not. c. Wächter I. §. 112. n. 59.

8) vgl. Mögling de eo quod justum est circa proportionem in poen. surrog. 1734. Quistorp Beiträge II. 2. S. 1–53. Kleinschrod III. §. 110–127. Tittmann §. 77–81. Grolman §. 173. Martin §. 96. 97. Wächter I. §. 104. Marezoll S. 156–159.

9) s. z. B. Wächter Wirt. Strafarten S. 278 ff.

Natur der Sache war aber gerade in dieser Frage eben ihrer eigenthümlichen Natur halber eine ungemein prekäre Aushilfe [1]). Hier war daher dringender, als anderswo, Abhilfe durch die neue Gesetzgebung geboten. Gleichwohl ist sie meist nur unvollständig getroffen worden, wie schon das in Anm. 2 Angef. ergiebt. Vergleicht man aber die Bestimmungen, welche die verschiedenen Gbücher über das Verhältniß der Freiheitsstrafen unter einander, resp. derselben zu den Ehren- und den Geldstrafen, sowie zur körperlichen Züchtigung aufstellen, so zeigt sich ein so merkwürdiges Auseinandergehen der Ansichten [2]), wie man es kaum für möglich halten sollte, weshalb sich hier keine gemeinsamen Normen angeben lassen.

B) Das richterliche Ermessen.

§. 141.

Andrerseits darf jedoch (§. 135) die richterliche Gewalt keine bloße Maschine sein. Da es vielmehr (§. 134) in der Natur der Gesetzgebung liegt, nur die allgemeinen Normen festzustellen und sich vor Kasuistik zu hüten, so muß sie auch diese ihre Schranke anerkennen und eben deßhalb dem richterlichen Ermessen einen Spielraum für konkrete Bestimmungen offen lassen. Die Strafgesetze dürfen daher, da von keinem Verbrechen gesagt werden kann, daß die Modifikationen der Schuld, wie sie bei andern Verbrechen sich finden, bei ihm sich indifferenziren, nicht absolut, sondern nur relativ bestimmt sein; und die Gesetzgebung muß dem Richter gestatten, nach demselben Maßstab der Strafbarkeit, den sie selbst befolgt, die konkrete Strafe auszumessen. N. Rev. §. 213.

1) Die gemeinrechtliche, auf den Unterschied von bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen gebaute Lehre über das richterliche Ermessen ist durch den Fortschritt der neueren Gesetzgebung größtentheils unbrauchbar geworden. Sie war aber auch an sich nicht geeignet, über das begriffsmäßige Verhältniß der richterlichen Gewalt zur Gesetzgebung aufzuklären, weil eben jene Unterscheidung nur ein Kompromiß über die Vorfrage war, ob eben die Strafgesetze bestimmt sein sollen oder nicht [3]). Litt sie deshalb in philosophischer Beziehung an Halbheit, so war

---

1) vgl. Oersted S. 379 ff. Grolman §. 118. Henke I. 581—583.

2) Oft haben dieselben Gesetzgebungen bedeutend in der Ansicht gewechselt. s. z. B. über Gleichung von Geld- und Freiheitsstrafe das preuß. GB. §. 17. 335. u. das A. LR. §. 88. 89 nebst späteren VOen; — über Gleichung von Ehren- u. Freiheitsstrafen das wirt. GB. Art. 51—53 und das Ges. 13. Aug. 1849. Art. 7. 8. — Ueber Gleichung von Freiheitsstrafe u. körp. Züchtigung das wirt. GB. Art. 48. 49 (selbst schon verschieden) u. das Ges. 17. Juni 1853. Art. 10. u. dagegen (50 Hiebe = 1 Jahr Ges.) die sächs. Ges.gebung (30 Hiebe = 1 Woche Ges.!!). Das östr. GB. setzt 20 Hiebe als Maximum (die sächs. Gesetzgebung 90!!). Noch größer ist die Divergenz hinsichtlich der Geldstrafen.

3) d. h. bei den Denkenden, während der Troß, dem es nur so fern als möglich von der Philosophie wohl ist, den Unterschied einfach als einen in dem verkommenen Zustande des gemeinen Rechts thatsächlich gegebenen aufnahm. vgl. N. Rev. S. 859. 860. 861—867.

zugleich ihre positivrechtliche Begründung eine ungemein prekäre, weil die Quellen des gem. Rechts in diesem Punkte nur wenig zuverläßigen Halt gewähren. In der That ist von ihnen behauptet worden [1]), daß sie bei bestimmten Strafgesetzen überall jedes richterliche Ermessen ausschließen (wogegen freilich dasselbe bei unbestimmten um so schrankenloser freigelassen sein sollte). Dagegen nahm weit die Mehrzahl der Kriminalisten von jeher an, daß die gemeinrechtlichen Gesetze auch bei ihren bestimmten Strafdrohungen nur die gewöhnlichen Fälle vor Augen hätten, mithin nothwendig dem Richter das Recht geben müßten, in Fällen erhöhter oder verminderter Schuld die Strafe zu schärfen oder zu mildern [2]), wobei denn freilich über den Umfang dieses Rechts keine Uebereinstimmung war. Im Allgemeinen hatten wohl die Letzteren Recht. Nur freilich ließen hinsichtlich alles Näheren die gemeinrechtlichen Quellen den Richter fast ganz rathlos [3]), daher in der Praxis die üppigste Willkühr wucherte. — Uebrigens war im römischen Reich selbst die Stellung der Richter zum Strafgesetze zu verschiedenen Zeiten eine sehr verschiedene gewesen [4]), unter der Republik die des unmittelbaren Volksgerichts ebenso ungebunden, als die der Richter in den Quästionen gebunden [5]), unter den Kaisern dagegen die der neuen Gerichte in der ersten Hälfte der Periode eine sehr freie, bis zur bedenklichsten Willkühr gehende [6]), wogegen in der zweiten Hälfte diese Freiheit wieder sehr bedeutenden Einschränkungen unterlag [7]), so jedoch, daß bei unbestimmten und relativ bestimmten Strafgesetzen natürlich das richterliche Ermessen noch immer einen sehr weiten, bei bestimmten wenigstens einen gesetzlich

---

1) Feuerbach D. de caus. mitig. poen. in Martin Coll. I. p. 480 sq. Rev. I. 219 ff. 343 ff. (Anders später im Lb., wenn auch nur theilweise.) Reindl üb. Schärfung und Milderung der Strafen. 1811. — In Bez. auf Schärfung Ziegler Theorie d. Straffchärfung. 1806. S. 63 f. 104 f. Martin §. 55. Roßhirt Lb. §. 85. 86. Entw. S. 44—55 (human, aber inkonsequent). Heffter §. 153—155. Bauer §. 144 (modifizirt). Abegg §. 150 (unentschieden). Mittermaier n. 1 z. F. §. 96. Marezoll S. 168. 169 (sehr modifizirt). Hohbach N. Arch. IX. 101. Beitr. z. Strafr. 1836. S. 209.

2) Unter den Neueren bes. G. J. F. Meister princ. §. 104 sq. (s. indessen §. 109). Klein z. Quist. Nachträge S. 446 f. 471 f. Grolman §. 98 f. 111 f. 168 f. Kleinschrod I. §. 78. 176. II. §. 55—57. 103 f. 125. Salchow Darstell. I. §. 80 f. 110. 111. Tittmann I. §. 114. 119. Henke I. §. 83 f. Mittermaier im N. Arch. IV. 410 f. Welcker letzte Gründe S. 560 f. Wächter I. §. 114. n. 64. §. 115. n. 66. Jarcke I. 304. n. 10. In Bez. auf Milderung auch die in der vor. Note Angeff.

3) Feuerbach §. 102. b. not. 6, Bemerkungen, deren tiefe Wahrheit zwar der beliebten historischen Modemethode gemäß bestritten, aber nicht durch eine wissenschaftliche That widerlegt worden ist.

4) A. M. Geib N. Arch. 1836. S. 208. f. jedoch Dens. Gesch. d. röm. Krim.prozesses.

5) vgl. Geib Gesch. 126. 127. 147. — 298—302. 363, wo der Unterschied nicht deutlich hervortritt. Cic. Verr. I. 47. de invent. II. 19.

6) Anders urtheilt Geib S. 661. s. jed. S. 660. not. 466. 467. Paul. R. S. I. 5, 2. V. 23, 1. 24, 1. Coll. I, 2. VIII, 4. XI, 8, 4. l. 28 §. 15 D. de poen. (48. 19). l. 21 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 3 §. 5 D. ad l. Corn. de sic. (48. 8). l. 3. 6 pr. D. ad l. Jul. pec. (48. 13). s. auch Besserer D. de mitig. poen. j. crim. Rom. 1827. Roßhirt Entw. S. 93—95.

7) L. 8 §. 2 C. ad l. Jul. de vi (9. 12). pr. J. de off. jud. (IV. 17). Nov. Majorian. 9. vgl. v. Savigny Syst. I. 119—121. 157—161.

geregelten Spielraum behielt [1]). — In den germanischen Ländern war ebenfalls natürlich das Volksgericht nicht durch das Gesetz gefesselt, und diese Freiheit wurde auch von den Schöffengerichten festgehalten [2]). Daß sie aber auch auf die gelehrten Gerichte übergieng, war die natürliche Folge davon, daß die P.G.O. in dem Bestreben, die möglichst reiche Befruchtung der Praxis durch die Resultate der Arbeit der Wissenschaft zu bewirken, so unzählige Male auf den Rath der Rechtsverständigen verwies, nach der Gestalt der Sache zu urtheilen anwies, und überall dem richterlichen Ermessen günstig war. Der bald darauf eingetretene Stillstand der Reichsgesetzgebung trieb aber dieses richterliche Ermessen mit Nothwendigkeit in die völlige Willkühr hinüber, — und zwar in eine um so gefährlichere, je weniger fester Halt eben in den verschiedenen Nationalitäten und Jahrhunderten angehörigen Quellen zu finden war. In der That behauptete denn auch von den Glossatoren an die italienische und die deutsche Doktrin mit Entschiedenheit nicht nur das möglichst freie richterliche Ermessen bei unbestimmten Strafgesetzen, sondern auch das richterliche Schärfungs- und Milderungsrecht bei bestimmten Strafgesetzen [3]). Hiegegen war die zu Ende des vor. Jhs eingetretene, besonders durch Feuerbach energisch angeregte Reaktion unzweifelhaft dringendes Bedürfniß. Der Fehler war nur, daß man bei bestimmten Strafgesetzen das Kind mit dem Bade ausschüttete [4]), dagegen bei unbestimmten nur die eine Art der Willkühr mit einer andern vertauschte, was abermals um so verderblicher dadurch wurde, daß weit der größte Theil der gemeinrechtlichen Strafgesetze eben in die Kategorie der unbestimmten übergegangen war [5]). Fragt man nun nach der

---

1) L. 12 §. 1 D. de incend. (47. 9). L. 1 pr. §. 1. l. 5. l. 6 pr. l. 7 D. de extraord. crim. (47. 11). L. 43. 45 D. de inj. (47. 10). l. 27 §. 2 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10). l. 11 D. de sep. viol. (47. 12). l. 7 §. 1 D. ad Sct. Turp. (48. 16). — l. 14 §. 2 D. de cust. reor. (48. 3). l. 11 pr. l. 13. 16. §. 1. l. 37 D. de poen. (48. 19). Rein S. 232—244. Geib S. 657—664. Mit Unrecht meint daher dieser, die Vorstellung von der Unterordnung der richterlichen Gewalt unter die gesetzgebende habe dem Alterthum ganz gefehlt. s. auch Gerstäcker im N. Arch. VI. 463—466.

2) s. z. B. Zöpfl Bamb. R. S. 126—128. Sonderbar ist die Beweisführung von Gerstäcker a. a. O. S. 466—470, der übrigens, wie Geib, fortwährend die Frage über die derogatorische Kraft des Gerichtsgebrauchs mit einmischt. Ungeschichtlich ist Mittermaier Fortbildung I. 246—248. Noch mehr die Bemerkung von Montesquieu esprit VI. c. 3. vgl. auch Henke I. 561. 562.

3) s. bes. Carpzov qu. 142. u. die dort Angeff. vgl. Wächter I. §. 115. n. 66 u. not. 92 hinter §. 120. Wie sehr selbst in der 2ten Hälfte des vor. JHs die Gesetzgebung noch einer sehr großen Freiheit des richterlichen Ermessens geneigt war, zeigt die Theres. u. selbst noch das GB. Josephs II.

4) Dies wurde von Kleinschrod, Grolman, Tittmann, Salchow, Welcker, Wächter, Jarcke, Mittermaier, zum Theil auch von Roßhirt ganz mit Recht geltend gemacht, daher sich denn auch Feuerbach später zu Einräumungen herbeiließ. s. auch seinen nachgelassenen Entw. Tit. V. Art. 7.

5) Wächter gem. Recht S. 120 f. 128 f. 137 f. Martin §. 9. n. 10. Bauer §. 80. n. a. — s. z. B. Hommel rhaps. qu. obs. 439. Tittmann im N. Arch. I. 352 f. über Ungarn s. Hye S. 610. 611. Note. — vgl. indessen Püttmann de arbitrio jud. e foro rc. eliminando. 1771. Bucher D. de arb. jud. non omnimodo arbitr. 1776. v. Eck de jud. arb. rc. legib. circumscripto. 1776. Martini de judice cauto rc. 1783. Abh. über die Natur und Grenzen d. richterl. Willkühr in Hagemann u. Günthers Arch. I. Böhmer Liter. §. 124.

Wirkung der gedachten Reaktion, so verlief sie sich, was das gemeine Recht betrifft, in eine Sackgasse, d. h. um die Beschränkung des richterlichen Ermessens bei bestimmten Strafgesetzen bekümmerte sich die Praxis, soweit davon bekannt ist, nur wenig; dagegen theilte sich hinsichtlich der unbestimmten Strafgesetze die gemeinrechtliche Doktrin in zwei Lager, deren Streitigkeiten mit dem Zusammenschwinden der praktischen Anwendbarkeit des gemeinen Rechts keinen Einfluß mehr gewinnen konnten. Um so mächtiger war dagegen die Einwirkung auf die Gesetzgebung, wovon nachher. — In Betreff der unbestimmten Strafgesetze hatte nämlich, wie gesagt, von jeher die Doktrin ein fast ungebundenes richterliches Ermessen geltend gemacht. Sie trieb ohne gesetzlichen und ohne philosophischen Kompaß auf dem Meere schrankenloser Willkühr umher [1]). Hiegegen war es nun unfehlbar ein Gewinn, wenn Feuerbach forderte [2]), daß man festen aus der Philosophie geschöpften Regeln folgen solle. Man hat dies, während es einerseits großen Anklang fand [3]), andererseits sehr anstößig gefunden und zum Theil mit großer Emphase bekämpft [4]). Allerdings war nun theoretisch die gegnerischerseits aufgestellte Ansicht richtiger (§. 25), daß die ergänzenden Regeln nicht aus Philosophie und Politik, sondern aus Geist und Analogie des positiven Rechts selbst zu entnehmen seien. Nur war dies leichter gesagt, als praktisch in Ausführung gebracht [5]), und Viele von denen, welche Feuerbach bekämpften, hatten gleichwohl kein Arg daran, selbst Grundsätze über den Maßstab der Strafbarkeit aufzustellen, die keineswegs bloß aus dem positiven Recht, sondern eben auch aus der Philosophie genommen waren, wenn auch unter anderm Namen [6]). Auch hat Feuerbach selbst später [7]) seine Behauptung dahin modifizirt, daß, soweit die Gesetze allgemeine oder besondre Anhaltungspunkte gäben, diese aller-

---

Die Neueren s. in den ffn Noten. Sehr euphemistisch spricht sich über die Praxis Roßhirt aus; Entw. S. 95. 96. bes. s. noch Mittermaier üb. d. neusten Zustand S. 62 f. u. Fortbildung I. 245 ff. u. Stübel hinter der erstgenannten Schrift S. 32—40.

1) Bei relativ bestimmten Gesetzen war es allerdings anders. Doch kam es auch hier vor, daß man bei alternativ bestimmten Strafen darüber stritt, ob der Richter oder der Verbrecher die Wahl habe? s. z. B. Leyser sp. 644. m. 6. u. dagegen Quistorp Beitr. II. 1. §. 22. — Wächter I. S. 188. 243.

2) Rev. II. 199 f. Lb. §. 77. 78. 102 a.

3) Grolman Ueb. d. Begründung des Strafr. S. 118 f. Grundf. §. 76 ff. Kleinschrod II. §. 133 ff. v. Almendingen Imputation S. 174 f. Renazzi I. c. 13 §. 10. II. c. 4. Zachariä Anfangsgründe d. philos. Krim.R. v. Globig Entwurf eines Maßstabs d. gesetzl. Zurechnung S. 126 f. Tittmann §. 54 f.

4) Thibaut Krit. d. Feuerb. Theorie S. 36 f. 59 f. Henke krim. Versuche I. 43 f. 101 f. Martin §. 58 ff. Salchow Darstell. I. 96 ff. Roßhirt Lb. §. 93 f. Gros Naturrecht §. 377. Schröter §. 35. Collmann die Lehre vom Strafrecht S. 63 f. Wächter I. S. 242. 243. Jarcke I. 299—331. Abegg §. 153 f. Heffter §. 162. Marezoll S. 160—164. Mittermaier N. Arch. IV. 427. 428. u. n. 1. z. F. §. 102 b.

5) Roßhirt Entw. S. 26—30. 85—89. 96—98. 100—103. Heffter a. a. O. Mittermaier in der angef. n. 1 beweisen nicht, was sie behaupten.

6) s. z. B. Henke I. 491 f. Welcker letzte Gründe S. 68 f. Roßhirt Lb. §. 95. Abegg §. 141 f. Heffter §. 95 ff. vgl. auch Santen Versuch, die Größe der Verbrechen rc. zu bestimmen. Gegen Henke s. die gute Bem. von Roßhirt Entw. S. 98.

7) Lb. §. 102 b. vgl. Grolman §. 165.

dings zunächst zu befolgen seien; wornach der Streit seine Schärfe verlor [1]). Besonders bestritten war übrigens namentlich bis in die neuere Zeit die Frage: ob bei unbestimmten Strafgesetzen der Richter auch auf die Todesstrafe erkennen dürfe, welche Frage nach dem gemeinen Rechte durchaus zu bejahen war [2]), wogegen Vermögenskonfiskation nach der P.G.O. Art. 218 bei unbestimmten Strafgesetzen nicht ausgesprochen werden durfte. Die ganze Frage über die Anwendung völlig unbestimmter Strafgesetze ist jetzt eine antiquirte.

2) Die gegen die Ausartung der Richterwillkühr in der zweiten Hälfte des vor. Jhs eingetretene Reaktion hatte nämlich jedenfalls das große Verdienst, die unbestimmten Gesetze aus der Strafgesetzgebung zu entfernen. Daß sie vorerst zu einer übertriebenen Vorliebe für möglichst bestimmte Gesetze und zu einer ebenso ungerechtfertigten als verderblichen Einschränkung des richterlichen Ermessens auf den möglichst kleinsten Raum führte, lag in der Natur der Dinge. Indessen hat man die Klagen darüber theilweise übertrieben [3]). — Die Frage, wie die Strafgesetze in Beziehung auf das Verhältniß zwischen der richterlichen und der gesetzgebenden Gewalt eingerichtet sein sollen, entscheidet sich sowohl nach ihrer politischen als nach ihrer juristischen Seite nur zu Gunsten der relativ bestimmten Gesetze. Absolut unbestimmte würden die Gesetzgebung in die Hand des Richters legen und die Rechtsprechung der Gefahr subjektiver Willkühr aussetzen, zum größten Nachtheil des Angeschuldigten und der Gesellschaft [4]). Absolut bestimmte würden umgekehrt das Recht der Verwaltung (hier der richterlichen Gewalt) auf relative Selbständigkeit aufheben, hiemit aber dem Gesetz selbst die Möglichkeit rauben, als lebendiger Geist verwirklicht zu werden [5]); die Folge wäre der Widerspruch der abstrakten Norm mit dem konkreten Reichthum des Lebens, hiernach materielles Unrecht, das fortwährend die Begnadigung sollizitiren und nothwendig

---

1) vgl. Bauer Lb. §. 149. 150 (not. c. d). Roßhirt Entw. S. 89—91 (richtig anerkennend, daß Feuerbach's Sätze keineswegs so abweichend vom gem. Rechte seien, wie Mittermaier, Wächter, Marezoll u. A. es darstellen). s. auch Heffter §. 162. n. 1. Auffallend ist, daß Wächter I. S. 70. 243. 245 die F.'schen Grundsätze hart ansicht, dagegen die daraus abstrahirten Regeln des bair. GBs S. 188 „meist richtig" nennt.

2) L. 13 D. de poen. (48. 19). l. 7 §. 3 D. ad l. Jul. rep. (48. 11). A. M. Carpzov qu. 133. n. 17 (s. aber qu. 119. n. 17). Kress ad art. 105. Quistorp §. 101 (?). G. J. F. Meister princ. §. 106. Kleinschrod II. §. 134 (?). Birnbaum im N. Arch. XIII. 540 f. (mit eigenthümlicher Wendung) und nach ihm Bauer Abh. I. 184.* Marezoll S. 162. n. 4. Mittermaier n. 1. z. F. §. 78. Dagegen aber Matthaeus Proleg. c. 4. n. 11. Böhmer ad C. qu. 133. obs. 2. Feuerbach Rev. I. 212 f. Grolman §. 174. Martin §. 62. n. 5. Wächter I. §. 121. n. 93. Abegg S. 239. Heffter §. 162. n. 8. Geib Gesch. d. röm. Krim.proc. S. 659. — Gegen Birnbaum s. Platner quaest. p. 181 sq. und in der Hauptsache auch Rein S. 239—242. Unentschieden Roßhirt Entw. S. 99. Untersagt war es im C. Max. I. c. 1. §. 12.

3) s. z. B. Mittermaier N. Arch. IV. 421. 422. Grundfehler S. 33—45. Fortbildung I. 8 f. 249. 252 u. sonst. Berner Wirkungskreis d. Strafgef. S. 8. u. A.

4) vgl. Zachariä üb. den bad. Entw. 1840. S. 7 ff., vor Allem aber das Zeugniß der Erfahrung seit Jahrhunderten in Deutschland. A. M. Mittermaier Fortbildung I. 258.

5) Wirth Ethik II. 203—205. 269. Nicht richtig ist die Darstellung bei Berner a. a. O. S. 4. vgl. N. Rev. S. 871. 872.

gerade die Achtung vor dem Gesetze untergraben müßte, welche man mit der absoluten Bestimmtheit desselben erreichen will [1]). Uebrigens verlangt jetzt Niemand mehr völlig unbestimmte und ebensowenig bloß absolut bestimmte Gesetze. Allerdings aber giebt es immer noch Viele, die zwar relativ bestimmte Gesetze als die Regel gelten lassen, daneben aber auch die absolut bestimmten nicht preisgeben wollen [2]). Immerhin liegt in der Anerkennung der Regel schon ein großer Gewinn, den man jedoch gefährdet, wenn man die Sache so darstellt [3]), als würde hier den Richtern ein Theil der gesetzgebenden Gewalt eingeräumt. Der weitere Fortschritt muß aber nothwendig zu dem Aufgeben aller Ausnahmen [4]) führen, in welchen die verkehrte Annahme liegt, entweder daß das Gesetz in gewissen Fällen jene seine abstrakte Natur verliere, vermöge der man ihm in der unendlichen Mehrzahl der Fälle einen der Mannigfaltigkeit der Erscheinung entsprechenden Rahmen geben zu müssen glaubt, oder daß es Verbrechen gebe, bei welchen jene mannigfachen Modalitäten der Schuld, denen man in der unendlichen Mehrzahl der Fälle durch Straferhöhungs- und Minderungsgründe gerecht werden zu müssen glaubt, als ganz indifferent erscheinen sollen [5]). Die näheren Bestimmungen über die Begrenzung des richterlichen Ermessens s. im ffen Sen.

C) Die gesetzliche Begrenzung des richterlichen Ermessens.
(Strafzumessung und Strafänderung.)

§. 142.

Der Richter darf bei der Ausmessung der Strafe innerhalb des durch das relativ bestimmte Gesetz gegebenen Strafrahmens keine andern Grundsätze befolgen, als diejenigen, welche ihm das Gesetz entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch die von ihm selbst beobachteten Regeln über den Maßstab der Strafbarkeit vorschreibt. Aus dem Wesen des Strafrechts überhaupt folgt, daß der betreffende Maßstab nicht durch die moralische, sondern lediglich durch die rechtliche Natur der verbrecherischen Handlung bestimmt sein darf. Hiernach muß aber a) in objektiver Beziehung die Strafbarkeit sich vornämlich richten nach dem Werthe des verletzten Rechts und dem Umfang der Verletzung (wozu auch die dadurch erzeugte Gefahr gehört),

---

1) s. bes. Feuerbach in den betr. Ausführungen. s. auch Zachariä a. a. O. vgl. dag. auch v. Watzdorf Einl. z. den Jahrb. f. sächs. Strafr. I. 1. S. 9.

2) Auch Berner will bei todeswürdigen Verbrechen noch eine Ausnahme statuirt haben, wie schon Roßhirt Entw. S. 486 ff.

3) So Berner S. 4.

4) Durch die Ausscheidung dieses irrationalen Elements, das sich in der Gesetzgebung fortwährend vermindert, gewinnt die wissenschaftliche Darstellung sehr an Einfachheit. Die in den bisherigen Lehrbüchern stehende Behandlungsweise der ganzen Lehre paßt zu der Wirklichkeit im Leben ganz und gar nicht mehr.

5) N. Rev. S. 864—867. vgl. Grolman §. 120. Henke I. 563—567. Wächter I. S. 216 unt. Mittermaier N. Arch. IV. 423. Fortbildung I. 256. 260 ff. not. z. F. §. 77. n. 1. z. §. 94. A. M. Marezoll S. 169. n. 6. Bauer §. 92. not. d. Abegg S. 92 u. A.

sowie nach dem Vorhandensein gewisser sozialen Verhältnisse zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten, — b) in subjektiver Beziehung nach dem Grade, worin die Objektivität des Verbrechens im Wissen und Willen des Verbrechers gesetzt war, besonders nach der Zahl und dem Gewicht der von dem Verbrecher zu überwindenden natürlichen oder sittlichen Hindernisse u. s. f. — Es sind nun übrigens diese Gründe theilweise der Art, daß sie die Strafbarkeit in außergewöhnlichem Maße steigen oder sinken machen, während andrerseits der Begriff des Gesetzes für die Strafe bestimmter Verbrechen bestimmte, durch das gewöhnliche Maß der Dinge bedingte Grenzen verlangt. Daraus ergiebt sich die Nothwendigkeit für die Gesetzgebung, bestimmte Normen darüber zu geben, ob und unter welchen Bedingungen jene Gründe die Wirkung haben sollen, die Strafbarkeit des konkreten Verbrechens auch über die Grenzen des relativ bestimmten Strafgesetzes hinaus steigen oder fallen zu lassen. N. Rev. §. 213.

1) Abgesehen vorerst von dem noch immer in der Gesetzgebung sich vorfindenden Unterschiede von absolut und relativ bestimmten Strafgesetzen, herrscht wohl jetzt (auf dem Standpunkte des modernen Rechts) wenigstens darüber kein Zweifel mehr, daß der Richter bei der Strafausmessung überall keine andern Regeln befolgen dürfe, als diejenigen, welche ihm der Gesetzgeber ausdrücklich oder stillschweigend (durch sein eignes Beispiel) vorgezeichnet hat [1]). Jedenfalls ist daher die Ansicht verbannt, welche den Richter bezüglich des Maßstabs der Strafbarkeit an Philosophie, Kriminalpolitik, Gefühl u. s. f. verwies [2]). Nur freilich hat die gemeinrechtliche Doktrin trotz aller Deklamationen gegen Feuerbach und trotz aller Versicherungen, daß es leicht sei, vermöge geschichtlicher Verfolgung der Entwicklung des gem. Rechts bis auf die neuere Zeit herab ein zuverläßiges Resultat über den ihm gemäßen Maßstab der Strafbarkeit zu gewinnen, ein solches Resultat keineswegs geliefert. Die Philosophie behielt daher gegenüber der eiteln Prahlerei der — neuerdings so gern sich selbst beräuchernden und im Vorgefühl des Erfolgs pomphaft verkündigter, aber nie zu Tage kommender Leistungen schwelgenden — geschichtlichen Methode [3]) jedenfalls das Verdienst des ehrlichen und thatkräftigen Worthaltens voraus. — Daß sich aus den gemeinrechtlichen Quellen für sich kein irgend genügendes System über den Maßstab der Strafbarkeit entwickeln lasse, wurde wohl neuerdings fast allgemein empfunden [4]).

---

1) vgl. Grolman Bemerk. vor §. 163.

2) Nicht zu läugnen ist indessen, daß namentlich Mittermaier dieser früher von ihm sehr bekämpften Ansicht immer näher, ja ganz nahe kommt, indem er alle positiven Zumessungsregeln aus dem Gesetze verbannt, zur Milderung einen möglichst vagen Freibrief gegeben wissen will, und als Hauptquelle für den Richter die Volksmoral und das Volksrechtsbewußtsein anführt.

3) s. z. B. N. Arch. 1847. S. 353—357.

4) vgl. Roßhirt Entw. S. 27—30. s. indessen Wächter I. §. 105. 106. n. 41—46 (nicht in Uebereinstimmung mit der Methode, die ihm im N. Arch. 1836. S. 214 u. 1847. S. 353 so ganz besonders nachgerühmt wird). Martin §. 60. s. dag. Abegg §. 141.

Denn auf der flachen Hand lag ja, daß im innersten Fundamente für ein solches System das deutsche und das römische Recht sich geradezu entgegenstehen, sofern jenes die äußere, dieses die innere Seite des Verbrechens vorwiegend in Betrachtung zog. Stimmten beide auch in manchen Punkten überein, z. B. in der Anerkennung der bald straferhöhenden, bald strafmindernden Eigenschaft gewisser, z. B. Familienverhältnisse, in der Beachtung des Affekts, des Rückfalls u. s. w., so war doch wieder in einer Hauptsphäre, in der Frage nach der Werthabstufung der durch das Verbrechen verletzten Objekte eine durchgängige Uebereinstimmung beider Rechte schon von vorn herein nicht zu erwarten [1]). Von einer Amalgamirung beider Rechte konnte daher auf diesem Gebiete schlechthin nicht die Rede sein, obwohl sie — arglos und sinnlos genug — von Aelteren und Neueren oft versucht wurde. Die deutschen Reichsgesetze für sich allein hätten aber um ihrer fragmentarischen Beschaffenheit willen zu einem Systeme lange nicht ausgereicht; sie hätten also jedenfalls aus der gleichzeitigen Doktrin und Praxis ergänzt werden müssen, wenn auch nur von der Auffassung des 16ten Jhs ein anschauliches Bild hätte entstehen sollen. Daß freilich damit noch keineswegs ein anschauliches Bild der Praxis des 16ten Jhs gegeben worden wäre, liegt gleichfalls auf der flachen Hand. Nun hat man zwar mit großer Beruhigung versichert, daß der Gerichtsgebrauch von 3 Jhn und die wissenschaftliche Verarbeitung nicht nur das alte und neue Material verbunden, sondern auch allgemeine Ansichten aufgestellt hätten, deren Geist bis in das einzelne Detail befriedigend und in den neueren Lehr- und Handbüchern zu finden sei [2]). Allein, sieht man die Leistungen der Wissenschaft unbefangen an, so findet man das gerade Gegentheil. Daß die Doktrin bis zum Ende des vor. Jhs neben den Brocken, die sie aus den gemeinrechtlichen Quellen völlig kritiklos zusammenwarf, der absoluten, auch nicht durch Philosophie gezügelten Willkühr sich hingab, ist allgemein zugegeben [3]). Was aber die neueren Lehr- und Handbücher betrifft, so theilen sie sich in solche, welche offen ausgesprochen den Stoff aus der Philosophie nehmen [4]), und in solche, welche zwar hiegegen sehr eifern, gleichwohl aber hinterher dasselbe thun [5]). Nur wenige unter den letzteren suchen sich genauer an die gemeinrechtlichen Quellen anzuschließen [6]), kommen aber dadurch entweder zu Resultaten,

---

1) vgl. Jarcke I. 310. 311.

2) Roßhirt Entw. S. 29. vgl. 27. 89. 98 ob. 2c. vgl. Mittermaier n. 1. z. F. §. 102 b.

3) Mittermaier N. Arch. IV. 421. (s. jed. üb. d. neust. Zustand S. 63. 64?). Wächter I. S. 188. 203—206. 213. 242. 243.

4) so Kleinschrod II. §. 10—20. 130. 133. v. Soden Geist d. peinl. Ges. I. §. 2 ff. Feuerbach §. 103—125. Grolman §. 76—96. 163. Tittmann §. 49. 50. 55—57 2c. 2c. v. Almendingen Imputation S. 174 f. Renazzi II. c. 4. Bauer §. 80—99. 150. v. Globig Entw. eines Maßstabs der Zurechnung. Zachariä Anf.gründe d. phil. Krim.rechts.

5) Freilich mehr oder weniger; so Henke I. 491 ff. Martin §. 60. 61 (am wenigsten). Abegg §. 140—146. Welcker letzte Gründe S. 268 f. Salchow Darst. I. §. 114—119. Lb. §. 118—136. Wächter I. S. 189. 190 (durch Berufung auf Welcker). Jarcke I. 308 ff. Heffter §. 95 ff. Marezoll S. 180—193. Mittermaier n. 1. z. F. §. 102. b. a. E. (mit rühmenswerther Aufrichtigkeit).

6) Namentlich Wächter, Martin, Abegg, Heffter, Marezoll.

die alle weitere Entwicklung seit der P.G.O. verläugnen [1]), oder beschränken sich auf die allgemeinsten Sätze, die man zwar kaum bezweifeln, mit denen man aber nicht viel anfangen kann [2]). Die aus der Philosophie entnommenen Maßstäbe wichen übrigens natürlich vielfach von einander ab, und hätten noch viel weiter abweichen müssen [3]), wenn nicht häufig ein glücklicher Takt zur Inkonsequenz geführt hätte. In der Regel wurde aber auch von diesen stets versichert, daß sie im positiven Rechte enthalten seien [4]). Unter diesen Umständen muß man auf eine irgend vollständige Darstellung der betr. Lehre nach dem gemeinen Rechte durchaus verzichten und sich mit dem Wenigen begnügen, was sich mit einiger Zuverläßigkeit angeben läßt. Dahin gehört a) daß nach deutschem Recht ein objektiver [5]) und subjektiver [6]) Maßstab der Strafbarkeit anzuerkennen ist. b) Was nun aber den objektiven Maßstab betrifft, so müßte allerdings gemäß dem Geiste, in welchem die peinliche Rechtspflege seit Jahrhunderten in Deutschland ausgeübt wurde (§. 123. Anm. 2), die Gefährlichkeit des Verbrechens [7]) als das leitende Prinzip betrachtet werden [8]). Indessen ist diese vornämlich von Feuerbach geltend gemachte Auffassung zwar in die neue Gesetzgebung und Praxis übergegangen, allein keineswegs allgemein und dauernd; vielmehr sind andre Auffassungen entgegengestellt [9]), und in den neueren Gbüchern die Einseitigkeit der ersteren jedenfalls bedeutend eingeschränkt worden [10]). Es erscheint daher als richtiger, dieses Prinzip auf die Bedeutung eines bloßen Moments zurückzuführen und lediglich von der objektiven Größe des Verbrechens überhaupt zu sprechen [11]). Als das Hauptmoment auf der objektiven Seite erscheint natürlich α) die Größe des verletzten Rechts. Was nun aber hierüber nach den Reichsgesetzen sich angeben läßt [12]), ist jedenfalls heutzutage ohne praktischen Werth; und, was aus der modernen Kriminalpolitik abstrahirt worden ist [13]), leidet großentheils eben an Abstraktion [14]) und läßt sich schon deshalb nicht für praktisches Recht ausgeben. β) Daß der Umfang der Verletzung, die Größe des

---

1) so Martin.

2) so bes. Abegg.

3) Konsequent verwirft z. B. Grolman einen objektiven Maßstab der Strafbarkeit, während Feuerbach inkonsequent ihn zuläßt (vgl. Thibaut Krit. S. 76 ff. Welcker letzte Gründe S. 228. Schaffrath Grundwissenschaft §. 96).

4) s. z. B. Grolman §. 163. Bauer §. 150.

5) P.G.O. Art. 104. 124. 127. 130. 131. 158. 167. 178 ꝛc.

6) P.G.O. Art. 146. 177 ꝛc. vgl. übr. Wächter I. S. 190.

7) vgl. Feuerbach §. 103 ff. Rev. II. 199 ff. u. Grolman §. 78. not. a. Bauer §. 80 ff. Heffter §. 91 ꝛc.

8) s. auch den C. Maxim. I. c. 1. §. 35, wo die Frequenz des Verbrechens (vgl. P.G.O. Art. 131) ausdrücklich erwähnt wird. vgl. Theres. art. 12. §. 5.

9) s. die ob. Darstellung der Strafrechtstheorieen.

10) §. 123. Anm. 3.

11) Abegg §. 141. N. Rev. S. 867.

12) Martin §. 60. Roßhirt Lb. §. 95. Salchow Lb. §. 110.

13) Kleinschrod II. §. 11. 12. Feuerbach Rev. II. 213—218. Grolman §. 77. 78. 81—83. Tittmann §. 49. Henke I. §. 75. Heffter §. 95. Abegg Anm. zu §. 141. Schaffrath Grundwissenschaft §. 95 a. n. 15—17.

14) so selbst bei Abegg, wenn er sagt, Verletzungen angeborener Rechte seien größer, als Verletzungen erworbener (man vgl. das pos. Recht über Injurie und Diebstahl), Verbrechen gegen moralische Personen größer, als die gegen physische u. s. f.

Schadens, die Größe der Gefahr zu den Momenten der objektiven Größe des Verbrechens nach deutschem Rechte gehören [1]), ist unbezweifelt, wenn gleich gerade in einer wichtigen Anwendung (auf den Versuch) in der neueren Gesetzgebung theilweise verläugnet (s. o.) [2]). γ) Nicht minder anerkannt ist, daß die objektive Größe des Verbrechens nach deutschem Recht häufig durch örtliche, zeitliche und soziale, besonders Familienverhältnisse bestimmt wird [3]). — c) In Beziehung auf den subjektiven Maßstab pflegen die Lehrbücher den Hauptstoff (d. h. die Schuldunterschiede bei dolus, culpa, Theilnahme ꝛc.) aus der Lehre von der Zurechnung zu borgen. (s. o. Theil I. Kap. 2). Das Uebrige reduzirt sich auf die Modalitäten α) der dolosen, β) der kulposen Verbrechen. Was die ersteren betrifft, so war es ohne Zweifel wieder ein Verdienst Feuerbachs, wenn er die vorgefundene [4]) Grenzverwirrung zwischen rechtlicher und moralischer Würdigung der subjektiven Seite am Verbrechen verwarf und den Rechtsboden auch hier zu säubern unternahm. Nur freilich modelte er seine Regeln ganz nach der Einseitigkeit seiner Theorie, wodurch sie vielfach unwahr wurden [5]). Es kann sich hier nur von der aus der Handlung selbst und den sie begleitenden Umständen erkennbaren größeren oder geringeren Intensität des verbrecherischen Willens handeln, wodurch nach den Momenten des Wissens oder des Willens eine größere oder geringere Schuld begründet wird. Die Schuld wird hiernach größer erscheinen, wenn der Wille aus freiem Antrieb das Verbrechen erzeugte, als wenn es dazu der Mitwirkung andrer Reizmittel (Noth, Gelegenheit, Verführung, Beleidigung ꝛc.) [6]) bedurfte; ebenso größer, je mehrere und je größere äußere oder innere Hindernisse zu überwinden waren. In der ersten Beziehung wird sich die Schuld namentlich dann größer darstellen, wenn der Verbrecher schon wiederholt, besonders wegen gleichartiger Verbrechen bestraft war [7]). In der zweiten dann,

---

1) P.G.O. Art. 104. 109. 112. 113. 124. 127. 157. 158. 160. 162. 178. vgl. C. Maxim. I. c. 1. §. 35. Theres. l. c. Preuß. LR. II. 20. §. 25 und besonders die herkömmliche Auffassung des Diebstahls überhaupt, des sog. gefährlichen Diebstahls, der Brandstiftung, die neuen Gesetze über Beschädigung von Eisenbahnen u. s. f.

2) Um so auffallender, da gerade dieses Element als uralt germanisches Erbtheil zu bezeichnen ist.

3) P.G.O. Art. 137. 165. 170. 171. vgl. die so oft von ital. Praktikern erwähnten Statute (german. Charakters), in denen Begehung bestimmter Delikte bei Nacht od. auf offener Straße, unter Betretung der Stadtmauern ꝛc. als Erschwerungsgrund angegeben wird. C. Max. l. c. „ob es an geweyht od. gefreyten od. an abseitigen Orten, nächtlicher Weil, in der Dunkle, zu Pestzeiten, in Feuerbrunst, Wassergefahr u. dgl. geschehen, — ob die beleidigte Person arm, krank, schwach, erbarmungswürdig, untergeben, anvertraut, charakterisiret und ansehnlich, od. gar eine Obrigkeit u. vorgesetzte Person gewesen." Theres. l. c.

4) s. bes. noch Kleinschrod I. §. 53 f. 168 ff. Stübel Syst. d. peinl. R. II. §. 240 f. vgl. dag. außer Feuerbach auch Welcker letzte Gründe S. 269. Mittermaier N. Arch. IV. 421. 425.

5) Rev. II. 72 ff. 380 ff. Lb. §. 116 f. s. dag. Thibaut Krit. S. 71 f. Oersted Grundreg. S. 314 ff. Mittermaier neust. Zustand S. 77. n. 1. z. F. §. 94. u. n. 1. z. §. 102 b. Wächter I. S. 190. Abegg §. 144.

6) vgl. P.G.O. Art. 166. 175. C. Max. I. c. 1. §. 32. 33. Theres. art. 11. §. 8, 2. 3.

7) P.G.O. Art. 161. 162. j. 158. C. Max. l. c. §. 35. Theres. art. 12. §. 5. Preuß. LR. §. 52. 53.

wenn er besondre Pflichten übertrat [1]), besondre äußere Hindernisse überwand [2]), besondre Grausamkeit bei der Ausführung bewies; — geringer, wenn er bemüht war, den Schaden zu ersetzen [3]), größeren Schaden zu verhüten [4]), wenn Jugend, Rausch und ähnliche Zustände das Wissen und Wollen zwar nicht aufhoben, aber seine volle und freie Wirksamkeit doch hinderten und damit den Entschluß erleichterten [5]). — Mit Unrecht werden dagegen auch von Neueren wieder bloß moralische Momente, wie die gute Absicht [6]), oder ganz allgemeine, mit der konkreten Handlung in keinem näheren Zusammenhang stehende Verhältnisse, wie Erziehung, Bildung, Stand, Geschlecht ɩc. [7]) hierhergestellt; — Momente, die überdies zum Theil der eine als straferhöhend, der andre umgekehrt als strafmindernd bezeichnet. — Hinsichtlich der kulposen Delikte liegt es im Sinne des gem. Rechts, daß die Strafbarkeit steigt und fällt [8]) theils nach der Größe des Erfolgs, theils je nachdem dieser unmittelbare oder mittelbare Wirkung des Willens war [9]). — Mit dem Vorstehenden soll nun indessen nicht in Abrede gezogen werden, daß sich noch mancherlei andre, zum Theil widersprechende Anhaltspunkte aus den gemeinrechtlichen Quellen entnehmen lassen [10]), und daß es keineswegs bloße Täuschung und Willkühr war, wenn die Vertreter sehr divergirender Strafrechtstheorieen sich je für die Konsequenzen ihrer Ansicht auf das gemeine Recht beriefen. Hiernach erscheint es sogar als eine Wohlthat, daß die den Fortschritt in der Wissenschaft vertretenden Juristen zu Anfang des JHs unmittelbar an die Philosophie appellirten. Denn Ordnung konnte nur durch eine neue Gesetzgebung geschaffen werden, und wenn diese wirklich Ordnung schaffen wollte, so konnte es nur auf Grundlage eines Strafrechtsprinzips geschehen. Es geschah denn auch wirklich so seit dem Anfang dieses JHs und die neuere Gesetzgebung reflektirt die Hauptphasen, welche die Philosophie des Strafrechts seit der Wolffischen Periode durchlaufen hat, wenn auch freilich nicht immer rein, namentlich später, wo man das Heil im Eklektizismus suchte [11]).

2) Schon in der gemeinrechtlichen Doktrin [12]) tauchte die Unterscheidung

---

1) P.G.O. Art. 124. 137. Preuß. LR. §. 23. 24.

2) P.G.O. Art. 159. C. Max. l. c. Theres. art. 12 §. 5.

3) arg. P.G.O. Art. 160 (Wächter I. S. 219). Preuß. LR. §. 62. 63.

4) arg. P.G.O. Art. 178. vgl. Theres. art. 11 §. 10, 4 secdo. Preuß. LR. §. 60. 61.

5) P.G.O. Art. 164. 175. 179. Reichsschl. gegen Gotteslästerer 1495. §. 1. C. Max. I. c. 1. §. 14. 15. 17—19. Theres. art. 11. §. 3—6. Preuß. LR. §. 18.

6) Heffter §. 106 (der §. 187 auch die Rechtsunwissenheit hierher zieht). vgl. Abegg Lb. S. 221. Unters. S. 113—116.

7) Abegg S. 120—123. vgl. Spangenberg im N. Arch. VI. 138 f. 283 f. Bauer §. 93. 95. C. Max. I. c. 1. 25. 26.

8) Die größere Strafbarkeit der luxuria gehört in die Schuldlehre. s. o.

9) Wirth Ethik I. 133. Abegg S. 124. vgl. Bauer §. 98. n. d.

10) Bauer §. 80. not. c.

11) A. M. Hye S. 551 ff., der alle diese Gbücher „so ziemlich übereinstimmend" findet, obwohl er selbst darauf hinweist (S. 553* j. S. 43. 44), daß das östr. GB. von 1803 einer andern Theorie sich angeschlossen habe, als das revidirte, dem er S. 360—364 Note im Wesentlichen das hier durchgeführte Prinzip der Vergeltung nach dem Werthe vindizirt.

12) Henke I. §. 83. 84. Roßhirt Lb. §. 84. n. 4. vgl. dag. noch Martin §. 56. Wächter I. §. 121. n. 94 (dag. Roßhirt Entw. S. 43). Erst unter dem Einfluß der neueren Gesetzgebung hat sich der Unterschied bestimmt fixirt.

zwischen Strafzumessungs- (Erhöhungs- und Minderungs)gründen [1]) und Strafänderungs- (Schärfungs- und Milderungs)gründen auf, zunächst in Beziehung auf die Unterscheidung bestimmter und unbestimmter, — später aber (unter Preisgebung der letzteren) nur noch in Beziehung auf den Unterschied zwischen absolut und relativ bestimmten Strafgesetzen. In der ersteren Hinsicht war dagegen nichts zu erinnern, da man in der That bei einer gesetzlich unbestimmten Strafe, die erst nach der Analogie bestimmt werden sollte, nicht von einer Strafänderung (Schärfung oder Milderung) sprechen konnte, welcher Begriff vielmehr natürlich eine bestimmte (wenn auch nur durch ein Maximum oder Minimum bestimmte) Strafe voraussetzte. Allerdings dagegen geschah es schon in jener Hinsicht mehrfach, daß man unter den Zumessungsgründen (d. h. den Gründen höherer oder niederer Strafbarkeit) mancherlei Momente mit aufführte, welche man als Strafänderungsgründe bei bestimmten Gesetzen (resp. relativ bestimmten behufs der Ueberschreitung des Maximums oder Minimums) keineswegs gelten lassen wollte [2]). Diese Ansicht hat sich denn auch neuerdings seit der Begrenzung des Unterschieds auf absolut und relativ bestimmte Gesetze erhalten und ist in die meisten neueren Gbücher übergegangen. Sie ist jedoch unrichtig und beruht auf einer irrigen Vorstellung von der Natur und der wahren Aufgabe des Gesetzes [3]). Unläugbar trat sie zuerst als eine heilsame Reaktion gegen die gänzlich in Willkühr ausgeartete gemeinrechtliche Doktrin und Praxis auf. Allein sie bewies ihre Unrichtigkeit schon damals durch die Inkonsequenz, in die sie alsbald verfiel. Folgerichtig — sowohl von der herrschenden Ueberschätzung der Macht und Leistungsfähigkeit der Gesetzgebung, als von dem Standpunkt der Androhungstheorie aus — mußte sie eigentlich alles Strafänderungsrecht verwerfen und überall nur absolut bestimmte Strafgesetze zulassen [4]). Ersteres geschah auch vorerst; aber Feuerbach selbst lenkte ein und gab wenigstens ein ausnahmsweises Milderungsrecht zu [5]). Herrschende Doktrin wurde daher, daß Schärfung oder Milderung einer absolut bestimmten Strafe (resp. einer relativ bestimmten über das Maximum oder Minimum hinaus) nur kraft eines solche Aenderung bestimmt gestattenden Gesetzes eintreten dürfe [6]). Nahmen aber hiemit die Strafänderungsgründe eine durchaus exzeptionelle Natur an, so schien es

1) Triftige Einwendungen gegen diesen Sprachgebrauch s. bei Trefurt im N. Arch. 1838. S. 212—215. Gerade umgekehrt wird derselbe bei Temme Glossen S. 113.

2) Paalzow Comp. §. 133. Püttmann Elem. §. 94. G. J. F. Meister princ. §. 122. Roßhirt Lb. §. 86. 95. Entw. S. 41. 42. Dag. Hepp Versuche nr. 9 (später A. M.). Wächter I. S. 216. u. bes. Mittermaier n. 1. z. F. §. 94 u. sonst.

3) s. §. 141. Anm. 2. a. E. N. Rev. S. 864—867.

4) vgl. Martin §. 51.

5) D. de causis mitigandi ex cap. imped. lib. (in Martin Coll. I. p. 480 sq.). Rev. I. 219 ff. 343 ff. vgl. Lb. §. 92—101.

6) Grolman §. 168—170. 174. Henke I. 558—567. Martin §. 51—53. 55—57. Roßhirt Entw. S. 39—103. Wächter I. §. 114—118. 120. 121. Jarcke I. 304—306. 308—331. Bauer §. 136—146. 151. Abegg §. 147—153. 155—158. Heffter §. 153—157. 160. 161. Marezoll S. 160—165. 168—180. In Beziehung auf den Umfang des Strafänderungsrechts, sei es nach allgemeinen oder positivrechtlichen Grundsätzen, weichen die Genannten freilich theilweise sehr unter einander ab.

ganz natürlich, sie auch als qualitativ verschieden von den bloßen Strafzumessungsgründen anzusehen, die nur innerhalb eines vom Gesetz freigelassenen Strafrahmens wirksam sein sollten. — So der Entwicklungsgang der Lehre im Allgemeinen. In Betreff der Lehre von der Strafänderung im Besondern waren jedoch die Ansichten auch unter den Neueren noch mehrfach sehr abweichend. Namentlich schloßen sich Viele derselben insofern an Feuerbach an, als sie ein Schärfungsrecht überall verwarfen [1]), während Andere ein solches in mehr oder weniger Fällen zuließen [2]). In Beziehung auf das Milderungsrecht wurde zwar allgemein die maßlose Willkühr der früheren Doktrin und Praxis verworfen, im Uebrigen aber herrscht über seinen Umfang keineswegs Uebereinstimmung. Rücksichtlich des gemeinen Rechts walteten hiefür die gleichen Gründe ob, wie in Beziehung auf das in Anm. 1 Ausgeführte. A) Als gesetzlich anerkannte Schärfungsgründe lassen sich nach diesem mit einiger Sicherheit nur angeben a) der Rückfall [3]), ohne daß sich jedoch sein Begriff (namentlich in Beziehung auf das Erforderniß eines gleichartigen, eines dolosen Verbrechens, früher erlittener Bestrafung ꝛc.) nach gemeinem Recht irgend sicher abgrenzen ließe, wie denn auch bestritten ist, ob er als allgemeiner, oder nur als besondrer Schärfungsgrund zu betrachten sei [4]), — eine Frage, die auch von der gemeinrechtlichen Praxis (vgl. z. B. Sachsen und Wirtemberg) nicht übereinstimmend entschieden wurde; — b) besondere Pietätsverhältnisse zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten (freilich nicht durchgängig, wie insbesondre das Beispiel des sog. Familiendiebstahls zeigt) [5]); c) das Ueberhandnehmen des fraglichen Verbrechens in der

1) Reindl, Martin, Roßhirt, Ziegler u. A. s. §. 141. Anm. 1. Freilich adoptirten nicht Alle den aus der F.'schen Strafrechtstheorie genommenen Grund.

2) Henke, Grolman, Wächter, Jarcke u. A. Indessen behaupteten Manche, die im Allgemeinen Schärfung zuließen, doch, es dürfe nicht in eine höhere Strafart übergegangen werden. Paalzow Comp. §. 136. Koch §. 156. Kleinschrod II. §. 125 u. A.

3) P.G.O. Art. 161. 162. j. l. 4 C. de serv. fugit. (6. 1). l. 28 §. 3 D. de poen. (48. 19). l. 1 D. de jure patron. (37. 14). l. un. C. de superexact. (10. 20). — L. Liutpr. VI. 26. Capit. Franc. 779. c. 7. (P. I. 39). Capit. 802. c. 38 (P. I. 96). Const. Olonn. 825. cap. eccl. c. 1 (P. I. 249). Capit. 846. c. 63 (P. I. 392). Capit. 854. c. 8. 12 (P. I. 429). Rec. conv. Alsat. 1051. §. 7 (Goldast II. 48). Rechtsb. n. Dist. IV, 9, 9. Gl. z. sächs. Weichb. Art. 36. R.P.O. 1530. Tit. 1 §. 2. Rechtsb. K. Ludw. Tit. 2 §. 39. — Wirtemb. Gesetze bei Hohbach Beitr. z. Strafr. S. 290—303. Farin. qu. 18. 23. — C. Max. I. c. 1 §. 35. Preuß. LR. §. 52. 53.

4) Die Ansichten darüber sind sehr verschieden. s. z. B. Grolman §. 170. Henke I. §. 78. v. Schelhaß im N. Arch. II. 378 ff. Gesterding eb. V. 479 ff. Hohbach eb. IX. 100 ff. (Beitr. S. 270 ff.). Scheurlen eb. XI. 648 ff. (nur über das neuere Recht). Abegg eb. 1834. S. 415 f. Roßhirt Entw. S. 46—50. Wächter I. §. 117. n. 77. Jarcke I. 323. 324. Martin §. 61. n. 11. Salchow Lb. §. 114. Tittmann §. 115. Escher vier Abh. S. 189 f. Wendt de del. recid. 1824., v. der Does de plur. ab eod. comm. crim. 1826. v. der Bulke de relapsu in malef. 1829. v. Bothmer in Hitzig Annal. H. 18—20. v. Pfordten in Zurheins Zeitschr. f. Theorie u. Prax. II. 2. S. 151 f. Bauer Anm. I. 614 f. II. 277 f. Abh. II. 101 ff. Bolgiano Beitr. z. Lehre vom Rückfall 1843. Heffter §. 102. Mittermaier §. 132 a. z. F.

5) P.G.O. Art. 124. 137. j. T. D. ad l. Pomp. de parric. (48. 9). l. 18 §. 8 D. de poen. (48. 19). C. Max. I. c. 1. §. 35. Grolman §. 170. Wächter I. §. 117. n. 78. s. dag. auch Roßhirt Entw. S. 50. 51. Heffter §. 101. not. 2.

Gegend [1]). Wenn nun aber schon von diesen Momenten nicht erweislich ist, daß sie im gemeinen Recht allgemein als Schärfungsgründe angesehen seien, so sind andre, die man anführt, noch viel zweifelhafterer Natur, z. B. die Heiligkeit des Orts [2]), die Größe des Schadens, die besondre Geflissenheit, Grausamkeit u. s. f., wiewohl sich allerdings einzelne Stellen dafür anführen lassen und die straferhöhende Eigenschaft der gedachten Momente sehr viel für sich hat [3]). — B) Als gesetzliche allgemeine Milderungsgründe durften unbedenklich angenommen werden: a) die Jugend; über die Periode der Unmündigkeit s. o. §. 51. Anm. 1. und §. 26. Anm. 1. Bei Minderjährigen sind wohl die betr. Stellen des römischen Rechts [4]) dahin auszulegen, daß sie bei kulposen Delikten gelinder bestraft werden sollten [5]). Die P.G.O. spricht sich nicht direkt aus, scheint aber mit der Mündigkeit den Eintritt voller Strafbarkeit anzunehmen (s. §. 51. Anm. 1.). Die Aelteren sahen die Minderjährigkeit mehrfach [6]) als allgemeinen Milderungsgrund an; ebenso manche Neuere [7]), doch selten ganz unbedingt, da vielmehr meist entweder dolose Verbrechen oder delicta atrociora ausgenommen werden oder auf den Grundsatz: malitia supplet aetatem Bezug genommen wird. Ueber die Praxis sind die Behauptungen verschieden [8]). b) Die in §. 51—53 aufgeführten Gründe, sofern sie zwar nicht die Zurechnungsfähigkeit aufheben, aber doch in hohem Grade wirksam sind, wie Taubstummheit bei genossenem Unterricht, Blödsinn, Trunkenheit ꝛc. [9]). Dafür ist die communis opinio der Aelteren und Neue-

---

1) P.G.O. Art. 131. vgl. l. 16 §. 10 D. de poen. (48. 19). l. 1 pr. D. de abig. (17. 14). C. Max. l. c. Obwohl dies sehr im Geiste des gem. Rechts u. der Rechtspflege war, läugnen es die meisten, so auch Wächter n. 82, Grolman, Heffter. Einige sehen darin gar einen Mild.grund, z. B. Koch §. 104! — s. dag. Tittmann §. 130. Martin §. 55. n. 9. Püttmann Probab. II. 15. Bauer §. 145. vgl. den Art. 12 der Theres. §. 1—5.

2) s. dag. Roßhirt Entw. S. 51. 52.

3) vgl. überh. noch Richter de aggravat. delict. 1664. Leyser sp. 646. Paalzow obs. I. 15. Ziegler Theorie der Straffschärfung. 1806.

4) L. 9 §. 2. 3. 5. l. 37 §. 1 D. de minorib. (4. 4). l. 1 C. si adv. del. (2. 35).

5) F. A. Hommel de temper. poen. ob imbecill. intell. (b. Martin Coll. I. 460 sq.). Schröter §. 112. Henke I. 547. Wächter I. §. 116. n. 71 b. Bauer §. 141 a. not. b. Böhmer med. ad art. 179 §. 4 setzt noch den remissior doli gradus bei; ebenso Tittmann §. 122. Andre überhaupt geringere Delikte, so Heffter §. 104. n. 4. vgl. auch G. J. F. Meister princ. §. 123. Kleinschrod I. §. 88. Marezoll S. 174. 175.

6) Carpzov qu. 143. n. 16 sq. stellt jedoch die Sache nur fakultativ, vgl. Farin. qu. 92. n. 41 sq. Ang. Aret. beschränkte den M.Grund auf culpa. Die Meisten giengen aber weiter.

7) Namentlich Martin §. 56. n. 8. Mittermaier n. 5. z. F. §. 99. A. M. für die Regel Grolman §. 169. u. unbedingt Feuerbach §. 99. Unentschieden Abegg S. 233.

8) s. z. B. Tittmann §. 122. Roßhirt Lb. §. 89. u. dag. Wächter I. S. 224 ob. vgl. Jarcke I. 327. Der C. Max. I. c. 1. §. 15 läßt nur ausnahmsweise Milderung eintreten, wenn der Thäter näher an 14, als an 18 J., die Bosheit nicht zu groß u. Besserung zu hoffen sei. Ebenso die Theres. art. 11 §. 6 (jedoch nur bis zum 16. J. incl.). Ueber hohes Alter C. Max. §. 16. Theres. §. 6, 4.

9) Reichsschl. g. Gotteslästl. 1495. §. 1. P.G.O. Art. 137. 175. 179. C. Max. I. c. 1. §. 17—21. Theres. art. 11 §. 3—5. 7—9.

ren [1]). Indessen werfen nicht nur die Aelteren, sondern auch viele Neuere [2]) hier das Verschiedenste durcheinander, was großentheils davon herrührt, daß man alle Gründe des Wegfallens der Strafbarkeit in ein Ragout zusammenbraut, daher unter die vorliegende Rubrik, die man auch wohl ganz unschicklich: gemilderte Zurechnung nennt, unter Andrem Nothstand, Zwang, Drohung, Irrthum, Befehl u. s. f. (warum nicht etwa auch eine „halbe oder Viertels-Nothwehr?") gestellt werden [3]), während doch c) derlei Momente nur insofern in Betracht kommen, als dadurch die Intensität des verbrecherischen Willens auf abnorme Weise verringert erscheint [4]). Eine ähnliche Begriffsverwirrung ist es, wenn Manche den Versuch, die culpa und die geringeren Arten der Theilnahme unter die Milderungsgründe stellen [5]). — Andre allgemeinen Milderungsgründe lassen sich aus den Quellen nicht nachweisen. Als ein besondrer (d. h. bei gewissen Verbrechen eintretender) M.Grund darf nach deutschem Rechte wohl der völlige Schadensersatz geltend gemacht werden [6]). — Eine ganze Reihe von zum Theil überaus willkührlichen Mild.gründen, welche die Aelteren geltend machten [7]), ist neuerdings allgemein verworfen: so z. B. Reue, früherer guter Lebenswandel, freiwilliges Bekenntniß, gute — resp. schlechte Erziehung, Gewohnheit (nach Andern Schärfungsgrund), Verzeihung oder Fürbitte des Verletzten, Unkenntniß der Größe der Strafe, glücklicher Ausgang der That, Geschicklichkeit des Thäters, Stand, besondre Verdienste um den Staat, Hoffnung der Besserung, große Anzahl der Verbrecher, Verführung, Gelegenheit, intercessio paterna, ruptio laquei, Kinderzahl, Anerbieten eines Mädchens den Verbrecher zu heirathen, Uebergang zur christ-

---

1) A. M. Feuerbach. s. dag. bes. Grolman §. 79. 95. Martin §. 56. Wächter I. §. 116. n. 72. 74. Henke I. 548. j. 306—338. Roßhirt Entw. S. 65—69. Abegg S. 233. Heffter §. 105. n. 2. Marezoll S. 175—177. Mittermaier n. 2. 3. 6. z. F. §. 94.

2) s. z. B. Jarcke I. §. 53. Bauer §. 141. a. u. b.

3) s. z. B. Wächter I. S. 226 ob., bes. Bauer a. a. O., ferner Heffter §. 106. Abegg S. 233 u. A. vgl. C. Max. I. c. 1. §. 32. 33. Theres. art. 11 §. 8, 2. 3.

4) vgl. Roßhirt Entw. S. 65. 77. — Der Affekt gehört in die Schuldlehre.

5) so Martin §. 56 (z. Theil), Grolman §. 112. Wächter §. 116. Renazzi II. c. 5. s. dag. schon Heisler de justis poen. mitig. causis 1752. 1761. §. 17. 19. Feuerbach Rev. I. 234. u. die meisten Neueren. — Ebenso unrichtig ist es, wenn man die Konkurrenz, oder die während der Untersuchung unverschuldet erlittenen Uebel unter die Milderungsgründe rechnet.

6) P.G.O. Art. 160. Böhmer ad C. qu. 148. obs. 3. Kleinschrod II. §. 87. Roßhirt Lb. §. 91. Wächter I. S. 219. Bauer §. 140. Tittmann §. 126. Heffter §. 108. n. 1.

7) s. überhaupt üb. Strafmilderung: Tiraquell. de poenis-temperandis (64 M.Gründe!) Hagemeister de causis mitig. poen. 1660. Schragius de mitig. poen. 1682. Brantsen de remiss. ac mitig. poen. 1724. Strecker de potestate judicis poen. mitig. 1733. Heisler l. c. (sehr brauchbar). Hoffmann de poena ord. nonnunquam mitig. 1762. Müller de caus. mitig. poen. 1777. de caus. mitig. spur. Reinhardt de caus. ex quib. judex falso potestatem mitig. poen. sibi arrogat. 1752. Die citt. Diss. von F. A. Hommel u. Feuerbach (bei Martin Coll.). Kleinschrod II. §. 57 ff. Tittmann §. 119 f. Reindl üb. Schärfung u. Milderung. 1811. Drakestein de caus. poen. mitig. 1822. Besserer de mitig. poen. j. crim. rom. 1827. Hepp Theorie v. d. Zurechnung u. d. Mild.gründen 1836.

lichen Religion, Durchreise oder Fürbitte fremder Prinzen oder Kardinäle ꝛc. ꝛc. [1]). Indessen ist wohl zu bemerken, daß diese Mild.gründe großentheils von der Praxis durchaus anerkannt und daher geltendes Recht waren [2]). Einer namentlich, der in der Regel von den Neueren auch ohne Weiteres verworfen wird, ist, wenn auch in den Quellen nicht gegründet, doch nicht nur von der Praxis anerkannt gewesen, sondern auch in der That auf sehr triftigem Grunde beruhend, — der theilweise Ablauf der Verjährungszeit [3]). Mehrere andre, wie Verführung, Gelegenheit ꝛc. sind mindestens Beweisgründe oder (wie oben vom Befehl, Zwang, der Noth ꝛc. angef. wurde) Veranlassungsgründe für den Mild.grund c) [4]). Noch ist der aus dem Gebrauch, bei nicht vollständigem Beweise auf eine poena extraordinaria zu erkennen [5]), entstandene Milderungsgrund des Mangels am Thatbestande [6]) zu erwähnen, welcher mit Recht jetzt von den Meisten verworfen wird, da solchenfalls entweder ein andres Verbrechen, oder bloß Versuch oder gar kein Verbrechen vorliegt [7]).

3) Nach dem Bisherigen ist klar, daß der Stoff, den die neue Gesetzgebung hinsichtlich dieser wichtigen Fragen in den Quellen, wie in der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts vorfand, von sehr zweifelhaftem Werth, und daß hier in der That ein neuer Boden zu legen war. Wenn dies gleichwohl nur in unvollkommener Weise geschah, so war die Pietät gegen das Herkommen gerade auf diesem Gebiete eine sehr übel angebrachte. Man mußte sich zuvörderst über zwei Grundfragen Rechenschaft geben: I. Welche Stellung soll der Richter zum Gesetze haben? II. Nach welchem Prinzip soll die Strafe (sei es nun vom Richter oder vom Gesetzgeber selbst) dem Verbrechen zugemessen werden? — Zu I) haben sämmtliche neuen Gesetzgebungen gegen eine in die Funktion der Gesetzgebung übergreifende Freiheit des richterlichen Ermessens sich erklärt, indem sie völlig unbestimmte Strafgesetze verwerfen. Dagegen haben sie in der ersten Periode nicht ebenso das andre Extrem, die Mechanisirung der richterlichen Funktion, vermieden [8]). Man hatte damals höchst übertriebene Vorstellungen von der Allmacht der Gesetzgebung, ihrer schöpferischen Kraft, ihrer Fähigkeit, den Stoff vollkommen zu beherrschen und materielle Vollständigkeit mit der nöthigen Abstraktion zu ver-

---

1) s. hierüber bes. Wächter I. S. 226—231. aber auch schon den C. Max. I. c. 1. §. 34. j. 23. 25. 26. 28. u. Theres. art. 11 §. 11 (zur Beschämung der noch lange hernach im alten Schlendrian fortfahrenden Doktrin). vgl. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 71—87.

2) Jarcke I. 330. 331.

3) s. ob. §. 127. Anm. 2. C. Max. I. c. 1. §. 29.

4) Heffter §. 108. n. 3.

5) Carpzov qu. 60. n. 36. 58—60. qu. 108. n. 23. 40. C. Max. I. c. 1. §. 24. Theres. art. 11. §. 10, 1.

6) s. z. B. Koch inst. §. 149. Quistorp §. 117. b. bes. aber Feuerbach §. 97. 98. und (mit feiner, aber willkührlicher u. am Ende nichtssagender Wendung) Roßhirt Entw. S. 56—62. Heffter §. 156. n. 2. Abegg §. 152. Anm. (unklar).

7) s. bes. Mittermaier N. Arch. III. 394 f. u. n. 1. z. F. §. 97. Oersted Grundreg. S. 118—124. Henke I. 568. Bauer §. 137. not. c. Tausch Rechtsfälle I. nr. 5.

8) s. bes. Mittermaier üb. d. neusten Zustand S. 62 ff. N. Arch. 1839. S. 161 ff. Fortbildung I. 8 ff. 245 ff. N. Arch. 1852. S. 159 ff.

einigen. In Frankreich [1]) kam eine (übrigens auch in Deutschland blind nachgesprochene) [2]) Berechnung in Beziehung auf das Geschwornenistitut hinzu, worin man sich bald genug bitter getäuscht sah. Obwohl man nun keineswegs soweit gieng, sich bloß auf absolutbestimmte Strafgesetze zu beschränken, so zeigten doch der code pénal, das östr. und bair. GB. eine sehr ausgesprochene Vorliebe für dieselben, und die relativ bestimmten, welche man gab, zeigten großentheils das Bestreben, dem richterlichen Ermessen wenigstens sowenig Spielraum als möglich zu lassen [3]). Da man es nun an der Härte der Strafbestimmungen überhaupt keineswegs hatte fehlen lassen, so rief jene Einseitigkeit zwar nicht das Bedürfniß eines richterlichen Schärfungsrechts, um so gewisser und dringender aber das eines richterlichen Milderungsrechts hervor. Auffallender Weise hatten aber die gedachten Gesetzgebungen gerade diesem aus ihrer Behandlungsweise mit Nothwendigkeit folgenden Bedürfnisse keine oder nur höchst geringe Rechnung getragen [4]). Die unausbleibliche Folge war eine empörende Härte der Rechtspflege, der man in Deutschland theils, wo es angieng, durch willkührliche Gesetzauslegung [5]), theils durch unaufhörliche Sollizitirung der Gnade (wodurch die Gesetzgebung in die schiefste Stellung kam) [6]), in Frankreich dagegen dadurch zu steuern wußte, daß die Geschwornen das harte Gesetz durch Lossprechung elidirten. Diese Erfahrungen sind nun für die seit 1838 erschienenen Gbücher nicht fruchtlos geblieben [7]); aber sie sind fast durchgängig weit nicht im erforderlichen Maße beherzigt worden. Nicht nur nämlich sind die absolutbestimmten Gesetze nirgends ganz aufgehoben worden, sondern es wirkt auch bei den relativbestimmten noch vielfach eine sehr engherzige Furcht vor Richterwillkühr nach [8]), welche nur freilich das Uebel, das sie vermeiden will, gerade erst recht hervorruft [9]). Und, was nicht minder nachtheilig ist, — eben dieses prinziplose Durcheinandermengen zweier verschiedenen Grundansichten über die Stellung der richterlichen Gewalt zur

---

1) Exposé des motifs zum GB. 1791. vgl. dag. Carnot Comment. sur le Code pén. art. 46. nr. 15. Schon die späteren legislativen Arbeiten unter der Republik erkannten den Fehler, den jedoch der Code pén. nur in sehr geringem Maße verbesserte. Hélie VIII. 220—224.

2) s. z. B. Roßhirt Entw. S. 32.

3) Den freisten Spielraum gab noch das östr. GB.

4) Der code nur bei délits, das östr. GB. nur in besonders dringenden Fällen (meist hat nur das Obergericht, resp. der oberste Justizhof das Recht, die Strafe zu ändern; dies wurde oft übersehen, weil das östr. GB. die Minder.gründe Milderungsgründe nennt), das bair. GB. nur bei Jugend, hohem Alter (?), und Mangel am Thatbestand (abgesehen von einigen Fällen im bes. Theil).

5) So wurde in Baiern der Art. 106 sehr ausgedehnt, wofür man sich freilich auf die Anm. I. 299. 302 berufen konnte. v. Spieß Ergänzungen ꝛc. zu Art. 120.

6) N. Arch. VIII. 27. vgl. Oldenb. Nov. 11. Okt. 1821. Mittermaier N. Arch. 1852. S. 161—163.

7) s. z. B. Bauer Anm. I. 260—270. Braunschw. Mot. b. Breym. S. 149—151. 222—224. Gönner Mot. z. bair. Entw. 1822. Stübel hinter Mitterm. neust. Zust. S. 32—40. Escher vier Abh. S. 72 f. Bad. Mot. b. Thilo S. 17—20.

8) s. bes. die Schriften über den bair. Entw. v. 1822 von Oersted (vgl. Grundreg. S. 72 ff.), Spieß, Wellmer, Binder ꝛc., überhaupt aber die ganze neuere Gesetzgebungsliteratur.

9) wie namentlich die Kontroverse über das Mittelmaß zeigt. s. u.

gesetzgebenden stört nun auch die von der Wissenschaft gebotene Einheit in der Frage von der Strafzumessung, indem die falsche Auffassung des Unterschieds zwischen den Zumessungs- und den Strafänderungsgründen als eines qualitativen noch immer mitfortgeschleppt werden muß, während er doch vernünftigerweise nur als ein quantitativer betrachtet werden kann [1]). Und doch möchte dies noch hingehen, wenn nur über den Umfang des Strafänderungs- (besonders des Milderungs)rechts selbst Uebereinstimmung herrschte! Allein auch hieran fehlt es durchaus [2]), davon ganz zu schweigen, daß das Milderungsrecht hier in die Hände gelehrter Richter, dort in die Hände von Geschwornen gegeben ist [3]). — Sieht man vorerst einmal von dem irrationalen Elemente der absolutbestimmten Gesetze und dem Gefolge der damit zusammenhängenden Irrthümer ab und nimmt an, das System der relativbestimmten Gesetze werde in gebührender (weil aus dem Begriff des Gesetzes §. 134 folgender) Allgemeinheit anerkannt, so fällt alles Unnatürliche des Unterschieds zwischen Zumessungs- und Strafänderungsgründen weg. Beiderlei Gründe wirken bei allen Verbrechen gleichmäßig, und die Schärfungs- und Milderungsgründe sind nur eben potenzirte Erhöhungs- und Minderungsgründe [4]). Die Frage kann nur noch die sein: ob dieser Unterschied überhaupt beibehalten werden soll oder nicht? Die Entscheidung überhaupt fällt nicht schwer. Will man alle Strafänderung abschneiden, ohne doch das schreiendste Unrecht zu sanktioniren, so muß man entweder lauter absolute Strafen für alle denkbaren Fälle drohen, was eine Unmöglichkeit ist und, wenn man es doch versuchen wollte, bei der unausbleiblichen Lückenhaftigkeit des in Kasuistik aufgelösten Gesetzbuchs gleichwohl die Begnadigung in zahllosen Fällen nöthig machen würde [5]), oder man muß die Strafrahmen für alle Verbrechen so weit machen, daß sie auch alle denkbaren Fälle einer außerordentlichen Verminderung der Verschuldung mit umspannen [6]); — d. h. man muß entweder in das Extrem der absolut bestimmten oder in das der völlig unbestimmten Gesetze (thatsächlich) zurückfallen. Da nun beides gerade durch das System der rel.bestimmten Gesetze vermieden werden soll, so folgt nothwendig, daß die Strafrahmen bloß für die gewöhnlichen Fälle eingerichtet, dagegen für ungewöhnliche Fälle Strafänderungsgründe vorgezeichnet werden müssen. Die schwierige Frage ist nun aber eben

---

1) R. Rev. S. 864—867. Mittermaier n. 1. z. F. §. 94. u. A. (§. 141. Anm. 2. a. E.). Die Terminologie ist freilich hie u. da verworren, so im hannövr. GB., u. in andrer Weise im östr. GB.

2) vgl. z. B. das bair. GB. mit dem neuen art. 463 des Code p. od. auch nur mit dem braunschw. GB. §. 62.

3) Letzteres z. B. in Preußen, Baiern, Wirtemberg, Hessen, nach dem thüring. GB., ersteres in Oestreich, Sachsen. In Braunschweig verhält sich die Sache eigenthümlich. Strafpr.O. §. 140. (Justizorgan. Gesetze II. 82 ff.). vgl. auch hannövr. Strafpr.O. §. 188.

4) A. M. Welcker bei Mittermaier Fortbild. I. 256. n. 35.

5) Diesen Weg hat denn auch mit Recht keine neuere Gesetzgebung eingeschlagen. Auch in der Doktrin gehen selbst die erklärtesten Gegner des richterlichen Ermessens nicht bis auf dieses Extrem.

6) Konsequent führt dies natürlich zum Aufgeben alles Minimums. Dieses System enthielt der ungarische Entw. und ein Genfer Ges. 1814. s. Mittermaier in d. Zeitschr. f. ausl. Ges.geb. XVI. 363 f. XIX. 217 ff., theilweise auch das von 1843. eb. XVIII. 137 f. u. ein Bremer Ges. 7. Febr. 1851.

die über den Umfang, in welchem dies letztere geschehen soll? Darüber ist man wohl jetzt fast allgemein einig, daß das richterliche Schärfungsrecht möglichst beschränkt werden soll, da es unfehlbar etwas Gehässiges und die Gesetzgebung es in der Hand hat, durch spezielle Strafbestimmungen bei einzelnen Verbrechen, durch Festsetzung höherer Stufen, durch Anordnung angemessener Schärfungsmittel bei den Freiheitsstrafen ꝛc. dem Richter die Aenderung der Strafe in pejus möglichst zu ersparen [1]). Wenn für denselben Zweck die Festsetzung hoher Maxima empfohlen wird [2]), so ist nicht beizustimmen, weil dadurch das Prinzip des Systems der relativ bestimmten Strafgesetze verletzt und das Mittelmaß zu hoch wird. Strenge Konsequenz würde vielmehr unläugbar eine gleiche Ausdehnung des Schärfungs=, wie des Milderungsrechts verlangen. Was zur Preisgebung dieser Konsequenz räth, ist daher nur die angeführte Erwägung, sowie die weitere, daß die fortgeschrittene Humanität eine Milderung des Strafsystems im Ganzen fordert, daher der Gesetzgeber, wenn er nicht bloß der Konsequenz zulieb die Strafrahmen für die gewöhnlichen Fälle zu nieder ansetzen will, auf eine völlig adäquate Berücksichtigung der Schärfungsgründe verzichten und sich mit den vorgedachten Auskunftsmitteln begnügen muß [3]). Als allgemeinen Schärfungsgrund stellen die neuen Gbücher nur den Rückfall auf, während sie im Uebrigen (freilich nicht auf gleichmäßige Weise) die angedeuteten Maximen befolgen (s. Anm. 5). — Um so weniger Uebereinstimmung herrscht in Beziehung auf das Milderungsrecht. Während der code pénal, das östr. und bair. GB. dasselbe höchst widernatürlich beschränkten, sind neuere Gesetzgebungen in das andre Extrem gefallen, indem sie hinsichtlich der Frage, welche Momente eine Strafmilderung bewirken

---

1) Der von Feuerbach §. 96 u. von Bauer §. 144 angef. Grund entscheidet allerdings nicht; ebensowenig der von Martin §. 55 geltend gemachte. vgl. aber Henke I. 567. Roßhirt Entw. S. 52—55. Abegg §. 150. Marezoll S. 169. 170. Mittermaier n. 1. z. F. §. 96. u. Neust. Zust. S. 67—70. Braunschw. Mot. b. Breym. S. 151. Hélie révue de législat. 1847. II. 448 sq.

2) z. B. von Henke a. a. O. s. dag. Mittermaier Fortbild. I. 196—199.

3) Sehr unklar drückt sich Mittermaier im N. Arch. 1852. S. 161 aus. s. dag. bes. Roßhirt a. a. O. Unbestimmter Abegg. Wenn man Gerechtigkeitstheorieen aufstellt, so muß man sich nicht scheuen, im betr. Fall die Inkonsequenz offen einzugestehen (vgl. Erachten für Mecklenburg 1. S. 48). Dagegen schüttet andrerseits Möller Kritik des Strafmaßes, 1852, das Kind mit dem Bade aus. Eine scharfsinnige Auskunft trifft Baumeister Bemerk. H. 1. S. 101 ff., indem er überhaupt allen Unterschied zwischen Erhöhungs= und Schärfungsgründen verwirft und die Summe aller denkbaren Erschwerungsgründe im Strafmaximum fixirt wissen will. Er ist konsequent genug, hieran die Folgerung zu reihen, daß das Minimum als der Ausdruck des ordinarium (d. h. der Negation aller Erschwerungsgründe, d. h. der Position sämmtlicher Minderungsgründe) zu betrachten, hiernach der entsprechende Gegensatz zu den Erschwerungsgründen nicht in den Minderungs=, sondern in den Milderungsgründen zu suchen sei. Dadurch wahrt er nun allerdings die Konsequenz und trägt der im Texte geltend gemachten Erwägung Rechnung; er geräth aber damit nothwendig in die unnatürliche Folge hinein, daß er das Mittelmaß des Gewöhnlichen, was doch eben naturgemäß einen Spielraum verlangt, auf einen Punkt zusammendrängen muß; da er dies aber ganz richtig als unhaltbar erkennt, so wird er nun doch schließlich (S. 107—110. vgl. 119—121) inkonsequent, indem er die Wirkung der Milderungsgründe nicht auf dem Indifferenzpunkt, sondern erst „bei erheblichem Grade" beginnen läßt. Nach unsrer Ansicht versteht sich dies — ohne Inkonsequenz — von selbst, da die „unerheblichen Grade" eben noch in den Spielraum zwischen Maximum und Minimum fallen.

sollen, das richterliche Ermessen schrankenlos frei lassen. Dahin gehört das franz. Gesetz vom 28. April 1832 [1]), noch überboten durch ein genfer Gesetz von 1843 [2]). Dieses System ist aus dem doppelten Grunde verwerflich, weil es der That nach alle Strafgesetze nahezu in unbestimmte verwandelt, und weil es durch das ausgesprochene Motiv des Gesetzes, der Härte des code zu steuern, den Geschwornen faktisch eine Art von Begnadigungsrecht einräumt [3]). Indessen ist es i. J. 1849 auch in Belgien angenommen worden [4]). Nur auf einem andern Wege kommt eben dahin das braunschw. GB. §. 62, indem es für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Milderungs- resp. erheblichen Strafminderungsgründe allgemeinhin ein richterliches Milderungsrecht statuirt. Mit Unrecht berufen sich aber die Motive zu diesem GB. [5]) auf das östreichische von 1803, da dieses nur bei Verbrechen, denen nicht über 5 J. Kerker gedroht ist, in dem gedachten Fall ein Milderungsrecht statuirt, und nur wenn solche Milderungsgründe zusammentreffen, welche die Besserung des Verbrechers erwarten lassen. Nur in „besondern Fällen" räumt es den Obergerichten auch bei schwereren Verbrechen ein solches Recht ein, setzt aber als Regel fest, daß Milderungsgründe nur innerhalb des Strafrahmens wirken [6]). Das revid. GB. von 1852 hat die letztere Bestimmung (§. 53) ausdrücklich wiederholt, und erst die neuen Strafproz.Ordnungen haben allerdings bedeutende Ausdehnungen des richterlichen Milderungsrechts aufgenommen [7]). Es sind jedoch diese allgemeinen Ermächtigungen des Richters aus demselben Grunde nicht gut zu heißen, aus welchem die franz. Bestimmung zu mißbilligen ist, wenn gleich das richterliche Ermessen doch insofern wieder beschränkt wird, als ihm wenigstens die Gründe

---

1) Ueber das verfehlte Ges. v. 1824 f. Golbery in d. Zeitschr. f. ausl. Ges.geb. III. 301 f. Collard du système de circonst. attén. p. 23—27.

2) Mittermaier in d. Zeitschr. f. ausl. Ges.geb. XVIII. 137 f. Cherbuliez eb. XIX. 219 f.

3) In Frankreich sind die Stimmen über den Werth des Gesetzes getheilt. f. die angef. Schrift von Collard, ferner Prestat du vol et des circonst. attén. De Vaulx des circonst. attén. Lauvergne des forçats p. 224 sq. Chassan in Fölix rév. étrang. 1841. p. 474 sq. Hélie VIII. 219 sq. Arondeau in d. rév. de législ. 1842. p. 831 sq. Sellyer traité I. 461 sq. Morin im Journ. du droit crim. 1846. p. 353 sq. Hélie in d. rév. de législ. 1843. p. 112 sq. 1847. II. 443 sq. vgl. Mittermaier im N. Arch. XIII. 340 f. Fortbildung I. 111—113. 263—266. II. 249—252 (von Berner unrichtig aufgefaßt). N. Arch. 1850. S. 335 f. Rintel Jury S. 271 f. Berner Wirkungskreis des Strafges. S. 12—16 (dieser kommt zu der falschen Folgerung, daß gar keine Milder.Gründe gesetzlich bestimmt werden sollen) (?).

4) Nypels Zeitschr. f. ausl. Ges.geb. XXII. S. 397 f. (von Berner übersehen). Luzern. GB. Art. 79. Auch in der östr. Strafpr.O. 1850 §. 346 war es geschehen (ausgen. wo Todesstrafe gedroht ist). vgl. Mecklenb. Entw. (jedoch nur bei Vergehen, die mit höchstens 5 J. bedroht sind). Erachten S. 47. 144. und die hamb. Entwürfe. In ganz geringem Maß im hess. GB. Art. 122.

5) Ebenso Geib im N. Arch. 1836. S. 227. n. 64, der das östr. GB. geradezu mit dem franz. Ges. v. 1832 zusammenstellt.

6) Jenull I. 456 ff. Freilich enthält jedoch der bes. Theil viele spezielle Mild.Gründe. Hye S. 563. 564.

7) f. die von 1850 §. 346 und die von 1853 §. 305—311. Gegen diese Ausdehnung f. Hye S. 639. 640 (vgl. bes. den hier mitgetheilten Minist.Erl. Apr. 1853). A. M. Mittermaier n. 5 z. F. §. 94.

im Einzelnen nicht willkührlich zur Auswahl überlassen, sondern gesetzlich fixirt sind [1]), und daher von einer Uebertragung des Begnadigungsrechts an den Richter in dem Sinne, wie in Frankreich, nicht die Rede sein kann. Denn schon die dem Richter so allgemein hin überlassene Kombination führt nothwendig dazu, die gesetzlichen Strafsätze der Willkühr zu überantworten [2]). In der That beweisen auch die Motive zum braunschw. GB. [3]) nur, daß überhaupt neben den Strafminderungsgründen noch Milderungsgründe festgesetzt werden müssen, nicht aber, daß es erforderlich sei, einen solchen Generalmilderungsgrund aufzustellen [4]), der denn auch in Hannover, wo er zuerst vorgeschlagen war, keine Gesetzeskraft erlangt hat [5]). Allerdings ist es falsch, wenn dagegen behauptet wird, es gebe gewisse Verbrechen, bei welchen eine Milderung der Strafe nothwendig auszuschließen sei [6]), oder es sei lediglich Sache der Gnade, Milderungsgründe überhaupt zu berücksichtigen [7]), resp. es werde durch das gesetzlich dem Richter eingeräumte Milderungsrecht die Gnade gleichsam außer Kurs gesetzt [8]). Dagegen ist es auch andrerseits zu weit gegangen, wenn man sich nicht an gesetzlich bestimmten allgemeinen und speziellen Milderungsgründen genügen lassen will, weil in außerordentlichen Fällen unvorhersehbare Kombinationen verschiedener Minderungsgründe (denn nur um diese kann sich der Streit drehen) eintreten können, bei denen es ebenso ungerecht wäre, nicht unter das Minimum zu gehen, als beim Eintritt eines Milderungsgrunds [9]). Sind diese Fälle nur außerordent-

---

1) Ueberdies darf der §. 62 in Braunschw. bei qualifiz. Hochverrath und Mord nicht angewandt werden.

2) s. bes. Gönner Motive 1822. S. 132 f. und die treffende Aeußerung von Wächter bei Baumeister Bem. H. 1. S. 115. 116. vgl. Hepp Zurechnung S. 45—48. Geib im N. Arch. 1836. S. 228.

3) b. Breym. S. 222—224. Die beigefügten Bemerk. berufen sich auf Aristoteles, der denn doch wohl aus einer ganz andern Rechts- und Staatsanschauung heraus argumentirte. vgl. Hamb. Entw. 1849. Art. 53.

4) Unermüdlich hat dies bes. Mittermaier vertheidigt. Neust. Zustand S. 80—89. N. Arch. XIV. 274—288. 1835. S. 536—546 (hier wankt er sehr). Fortbild. I. 266—268. N. Arch. 1852. S. 178. 179. vgl. Kitka im N. Arch. 1836. S. 624 ff. Beidtel Unters. S. 135. und jetzt auch Geib Reform des deutsch. Rechtslebens S. 152; nicht aber auch (wie Mittermaier behauptet) Baumeister Bem. H. 1. s. vielmehr S. 120. 121. Auch die Gründe von Bauer (s. die folg. Note) reichen nicht weiter. s. übrigens auch Feuerbach nachgel. Entw. Tit. V. Art. 7.

5) vgl. Bauer Anm. I. 570—582. Vergleichung der Entw. S. 42—57. Abh. I. 201 ff. Freudentheil im N. Arch. 1839. S. 88—104. Leonhardt I. 421—427 (sämmtlich für die allgemeine Ermächtigung) und das hannövrische Militärstrafgb. §. 12.

6) so Gönner a. a. O. S. 172. s. dag. Mittermaier Neust. Zust. S. 82. 83.

7) so die Anm. z. bair. Gb. I. 236. Die königliche Instruktion in den bair. Mot. 1831. S. 23. s. dag. bes. Mittermaier N. Arch. XIV. 276—286. Bauer Anm. I. 572. v. Hinsberg Erinner. über die bairischen Entwürfe 1832. S. 72 f. Freudentheil S. 91—94. und Anm. 54.

8) so Hepp, Vergleich. d. hann. Entw. S. 24 ff. s. dag. Bauer Abh. I. 205. 206.

9) so bes. die braunschw. Mot., die freilich den Gesichtspunkt verwirren, indem sie Mild.- und Mind.gründe durcheinander werfen. Ganz wunderlich ist die Furcht, daß ohne den §. 62 das GB. das Loos der P.G.O. theilen werde, da diesfalls der richtige Weg nur in einer durchgängigen Herabsetzung aller Minima bestanden haben würde. s. bes. Baumeister S. 120. 121.

liche [1]), so ist eben für sie allerdings die Gnade die richtige Ausgleicherin, da die Gesetzgebung nur das Gewöhnliche und vom Unregelmäßigen nur das Konstante und als solches bestimmt Faßbare zu berücksichtigen hat [2]). Allerdings ist es aber die Pflicht der Gesetzgebung, in Aufstellung der bestimmt greifbaren allgemeinen und besondern Mild.gründe nicht hinter den Forderungen des Lebens zurückzubleiben [3]). Nur dann wird sie einerseits eine ungesetzliche Willkühr der Richter vermeiden, andrerseits jenen Generalmilderungsgrund entbehren können, der die absolute Ironie auf alle gesetzlichen Strafsätze ist [4]). — Alle übrigen Gbücher gehen einen Mittelweg zwischen den extremen Systemen, welche das bair. und das braunschw. GB. vertreten [5]).

II. Wie wenig die neuen Gesetzgebungen hinsichtlich der materiellen Prinzipien über den Maßstab der Strafbarkeit an der gemeinrechtlichen Doktrin einen zuverläßigen und ausreichenden Halt fanden, geht aus dem Anm. 1. 2 Ausgef. zur Genüge hervor. Sie thaten daher ganz Recht, wenn sie sich nicht an diese, sondern an die Philosophie hielten, obgleich sie damit einzelne Sätze aufnahmen, die man später als unrichtig einsah. Der Fehler war nur, daß sie sich hiebei nicht begnügten, sondern nebenher in dem trüben Wasser der Politik fischten. Die Vorfrage, ob ein GB. überhaupt die Strafausmessungsgründe (abgesehen von den Strafänderungsgründen) dem Richter vorzeichnen soll [6]), ist von den meisten neuen Gbüchern bejahend entschieden [7]), und zwar mit Recht, da sonst der Gesetzgeber keine Garantie dafür hat, daß der Richter nicht philosophischen Ansichten folgt, die jener für unrichtig hält. Keineswegs erscheint es jedoch als nöthig, vielmehr als sehr unpassend, einzelne Zumessungsgründe zu spezifiziren, worin doch nie Vollständigkeit erreicht, und wodurch am leichtesten einseitige Auffassung

---

1) Dies giebt Mittermaier neust. Zust. S. 84. Fortbild. I. 268. N. Arch. 1852. S. 178 zu. A. M. Leonhardt I. 425.

2) Insoweit haben die Anm. z. bair. GB. ganz Recht, Unrecht dagegen, wenn sie glaubten, das GB. habe in Aufstellung bestimmter Mild.gründe seine Schuldigkeit gethan. s. auch Breidenbach I. 2. S. 593—595.

3) Damit hat sich später selbst Bauer (Abh. I. 207) begnügt. Halb und halb auch Mittermaier im N. Arch. 1839. S. 544—546 und Fortbildung I. 266—268. Erst neustens ist er wieder zum früheren Extrem zurückgekehrt.

4) vgl. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 546. not. 7. — Die Sache ist um so wichtiger, da die Frage, ob bei Mild.gründen der Richter sich dem Nullpunkt der Strafbarkeit nähern dürfe, wissenschaftlich noch sehr in suspenso ist, und die Vertheidigung des Generalmilderungsgrunds (bes. in den braunschw. Mot., bei Bauer Anm. I. und sonst) gerade auf der Voraussetzung, daß diese Frage verneint werden müsse, beruht. Bloß in Beziehung auf Todesstrafe hat einen solchen Generalmilderungsgrund das wadtl. GB. Art. 61.

5) Das Nähere über die sehr verschiedenen Weisen, wie dies geschieht, s. unten. Eigenthümlich, aber willkührlich will das Erachten f. Meklenb. Mild.gründe überall nur bei leichteren Verbrechen gelten lassen. S. 46. 47. j. 19. 43. 144. 145.

6) Dagegen s. Gönner Motive 1822. S. 236—246. Norweg. Mot. S. 89. Dafür Bauer Anm. I. 266 f. Mittermaier neust. Zust. S. 77—79 (s. jed. n. 3 z. F. §. 102 b. u. N. Arch. 1847. S. 608). Oersted Krit. d. bair. Entw. S. 230 f. Abegg Krit. d. norw. Entw. S. 49. Hermann Beurth. d. sächs. Entw. S. 110 f. Breidenbach I. 2. S. 637. 638.

7) Ausgen. das preuß. GB. s. Beseler S. 23—29. Goldtammer I. 395 ff. — (Die Richter sind auf „die Doktrin (?!), den gesunden Menschenverstand und das Leben" verwiesen).

in's Gesetz übergetragen wird [1]); vielmehr genügt es, das Prinzip aufzustellen und die Ziehung der Konsequenzen dem Richter zu überlassen [2]). Was nun die Sache selbst [3]) betrifft, so stellen sämmtliche neuen Gbücher (stets das preuß. ausgenommen, das sich über seine Grundsätze nicht ausspricht, sondern sie errathen läßt) ausdrücklich den Satz auf, daß es sowohl einen objektiven als subjektiven Maßstab der Strafbarkeit gebe. Gegen die Anerkennung des letzteren hat man sich theils mit Berufung auf den „objektiven Grundcharakter" des deutschen Strafrechts, theils deshalb erklärt, weil dadurch der rechtlichen Beurtheilung die moralische substituirt werde, was „nach Asien führe" [4]). Allein gerade im Gegentheil muß man im Geiste des fortgeschrittenen Rechtsbewußtseins gegen die Aufstellung eines selbständigen objektiven Maßstabs [5]) Einspruch einlegen. In der ganzen bisherigen Darstellung wurde der Wille als das über die Thatsache Uebergreifende nachgewiesen und §. 133 [6]) insbesondere dargelegt, daß bei der strafrechtlichen Genugthuung die objektive Größe des Verbrechens seiner subjektiven als die sekundäre untergeordnet werden müsse. Unfehlbar ist sie daher ein wesentliches Moment der Beurtheilung; aber dieses darf sich nicht abgesehen von seiner Reflexion in das Wissen und den Willen des Verbrechers geltend machen wollen [7]). Gerade in der Nichtbeachtung hievon lag die Rohheit der älteren germanischen Rechtsansicht. Indessen bilden gerade die wichtigsten Konsequenzen aus der objektiven Schätzung des Verbrechens keinen Gegenstand für das richterliche Urtheil, da die Gesetzgebung hier die ausreichenden Normen zu geben pflegt [8]). Dahin gehört die Abstufung der einzelnen Verbrechensarten nach dem Werthe des

1) Den Beweis liefern das östr., bair., wirt., hannövr., braunschw., hess., bad., thüring. GB. vgl. das zürch. GB. §. 69—72. Gut das Erachten für Meklenb. 1. S. 146. 147. j. 53—56.

2) Sächs. Mot. b. Weiß S. 190. n. 1. (vgl. Entw. Art. 69—71). Bair. Entw. Art. 78. Eine Ergänzung des sächs. Gbs versucht Weiß S. 193—196. vgl. Krug Studien I. 128. Schaffrath S. 578—580.

3) s. noch außer der bereits angef. Literatur: Zentner in d. Zeitschr. f. deutsch. Strafverfahren I. 391 ff. 427 ff. Baumeister Bemerk. H. 1. S. 59 f. Möller Kritik des Strafmaßes 1852. S. 48 ff. v. Jagemann im N. Arch. 1849. S. 523 f.

4) Ueber den bad. Entw. 1840. S. 24 f. Zachariä über d. bad. Entw. 1840. S. 7 ff. vgl. dag. Mittermaier Fortbildung I. 199—207 (wo aber S. 206 sehr widersprechende Behauptungen vorkommen).

5) wie Welcker b. Thilo S. 34 will, vgl. jedoch dens. eb. S. 166. 167. Möller S. 75 f., wo Richtiges und Schiefes durcheinander gemischt ist. vgl. das bad. GB. §. 150.

6) vgl. bes. Wirth Ethik II. 325. A. M. Hye S. 552. not. *. v. Jagemann a. a. O. S. 527. s. dag. auch Schaffrath Grundwissenschaft §. 95.

7) Sehr richtig bemerkt dies Breidenbach I. 2. S. 633. 635 gegen das bair. und andre Gbücher; um so unbegreiflicher ist aber, was er S. 634 unten sagt. Ganz wunderlich ist der Fanatismus, womit das Erachten für Meklenb. den umgekehrten Satz vertheidigt, weil nach S. 40 f. nur ein Wortstreit vorliegt (da die hauptsächlichsten subjektiven Zumessungsgründe unter die objektiven gestellt werden), eben darum aber höchst ungerecht gegen den hamb. Entw. 1849. Art. 48. s. übr. auch die gute Bemerkung auf S. 18.

8) Leider lassen sich die neuen Gbücher hier nur noch viel zu oft von dem krankhaft gesteigerten Abschreckungstrieb (bei vielen Staatsverbrechen, bei Diebstahl ꝛc.), von einer ungebührlichen Rücksicht auf Gefahren leiten, die nach dem heutigen Kulturstande nicht mehr vorhanden sind, oder wenigstens dem Bewußtsein des Verbrechers ganz fern lagen. Mittermaier Fortbild. S. 190—195.

Objekts der Verletzung, nach dem Grade der Gefährlichkeit (z. B. Brandstiftung, Fälschung, Vergiftung von Brunnen rc.), nach gewissen besondern Verhältnissen (z. B. Familien-, Respekts-, Vertrauensverhältnissen rc.), nach der Größe des hervorgebrachten Schadens [1]). Je weniger es aber die Gbücher an Bestimmungen hierüber im bes. Theile fehlen zu lassen pflegen, um so überflüssiger erscheint es, wenn sie im allgemeinen Theile auch dem Richter noch besonders die Beachtung dieser Momente vorschreiben, was nach dem Vorgang des bair. Gbs Art. 91 in mehreren andern geschehen und zum Theil noch überboten worden ist [2]), sowie auch davon unabhängig das östr. GB. eine Reihe von Bestimmungen darüber giebt [3]), wogegen das sächsische, hessische und badische sich mit einem allgemeinen Satze begnügen [4]). Nicht nur überflüssig sind aber derlei detaillirte Vorschriften, sondern (und dies gilt auch von den allgemein gehaltenen Sätzen) geradezu irreleitend, weil sie zu der falschen Meinung führen können [5]), als sei auch eine dem Wissen und Willen des Handelnden ganz fremde (weder auf dolus noch culpa anzurechnende) Schädlichkeit oder Gefährlichkeit der Handlung als straferhöhend geltend zu machen [6]). Ueberdies ist es unrichtig, wenn (nach Feuerbach) [7]) unter den objektiven Gründen auch die höheren Grade der Theilnahme am Verbrechen aufgeführt werden [8]). Darüber, daß auch die geringere Strafbarkeit des Versuchs [9]) nicht bloß auf objektiver Rücksicht beruhe, s. §. 86 [10]). Am bedenklichsten erscheint jedenfalls die nachdrückliche Hinweisung des Richters auf das Moment der Gefährlichkeit, da sie fast die Nöthigung zur Annahme der Abschreckungstheorie in ihrer verwerflichsten Konsequenz enthält [11]). — Was nun aber den subjektiven Maßstab der Strafbarkeit betrifft, so schleppt auch in dieser Hinsicht die neuere Gesetzgebung vielfach noch die Konsequenzen der einseitigen Ansichten Feuerbachs nach, von einer Reihe bloß politischer Bestimmungen

1) Auch in dieser Hinsicht fehlen die neuen Gbücher oft nur zu sehr, indem sie theils überhaupt bei Berücksichtigung des Schadens, theils bei der Abstufung desselben Verbrechens nach der Größe des Schadens geradezu den Zufall über die Größe der Strafe entscheiden lassen. Mittermaier Neust. Just. S. 67. 68. Fortbild. S. 203—205.

2) Wirt. GB. Art. 108. Thüring. Art. 42. Hannövr. Art. 92 (fügt Zeit, Ort, Heiligkeit des Gegenstandes bei und betont wiederholt die Gefährlichkeit). Braunschw. §. 65 (mischt noch mehr Ungehöriges ein). Ueberall liegt hier das Lb. von Feuerbach zu Grunde.

3) §. 43. 44. 47. 263. vgl. Hye S. 554 (dieser gleichfalls nach Feuerbach).

4) die besondre Beschaffenheit der Handlung (Sachsen), die Schädlichkeit und Gefährlichkeit der Handlung (Hessen, Baden). Ebenso der bair. Entw.

5) so z. B. Breidenbach a. a. O.

6) Ausdrücklich ist wenigstens der Vorzug des subjektiven Maßstabs anerkannt im braunschw. GB. §. 63. vgl. Breidenbach I. 2. S. 633. 635. Hye S. 597. Anm. zum bair. GB. Art. 91. Neue sächs. Mot. z. Art. 70. Hamb. Entw. 1849. Art. 48. Umgekehrt das bad. GB. §. 150.

7) s. auch Bauer §. 86—89. Abegg S. 218. Hye S. 554.

8) Völlig müßig ist vollends nr. 3 im braunschw. GB. §. 65. Ebensowenig gehören hierher Konkurrenz und Rückfall (nr. 5. 6).

9) vgl. freilich das preuß. GB., relativ das östr., das wirt. Ges. 13. Aug. 1849 und den bair. Entw. 1854.

10) Thüring. GB. Art. 44. nr. 6.

11) s. auch Möller, der zwar selbst dieser Theorie folgt, aber gerade die betr. Wendung Feuerbachs wiederholt verwirft S. 78—81. 148 ff. Richtige neben vielen schiefen Bemerkungen bei v. Jagemann S. 530—538.

ganz abgesehen, die mit Recht und Gerechtigkeit sehr wenig zu schaffen haben [1]). Geht man vom Begriff des Verbrechens als schuldvoller, d. h. auf den Willen als Prinzip zurückzuführender rechtsverletzender Handlung aus [2]) und behält den wesentlichen Unterschied zwischen moralischer und rechtlicher Zurechnung [3]), zugleich zwischen rechtlichem und polizeilichem Standpunkt [4]) im Auge, so läßt sich Vieles von demjenigen nicht halten, was man jetzt allgemein unter den Strafzumessungsgründen, resp. sogar unter den Strafänderungsgründen aufführt. Schon in der Schuldlehre (s. §. 78. 79 und sonst) ist klar geworden, daß die rechtliche Beurtheilung mit dem hinter der Absicht stehenden Zweck des Handelnden nichts zu schaffen hat, daß die That das Maß des Willens ist, daher auch der Staat mit seiner Reaktion die Subjektivität des Verbrechens nur in dem Maße angreifen darf, wie dieser sie in der bestimmten Handlung selbst entäußert hat (§. 121). Aus demselben Grunde darf denn auch kein Strafzumessungsgrund aus der immoralischen oder gefährlichen Gesinnung des Verbrechers überhaupt (wenn sie auch mit Sicherheit erkannt werden könnte, was zu läugnen ist) [5]), sondern lediglich aus der Intensität des in der That selbst manifestirten verbrecherischen Willens genommen werden. Nun sind es wesentlich drei Richtungen [6]), in welchen sich der Grad dieser Intensität verschieden zeigen kann: a) Der verbrecherische Wille muß um so stärker sein, je mehr innere Abhaltungsgründe er zu überwinden gehabt hat. Hierunter ordnet sich sehr einfach der ganze objektive Maßstab der Strafbarkeit ein. Denn „die Größe der wirklichen Rechtsverletzung oder des bevorstehenden Schadens und die Gefahr, welche bereitet wird, hätte den Verbrecher von Uebertretung des Gesetzes abhalten sollen, und eben daraus, daß er dadurch nicht abgehalten worden, leuchtet dessen [7]) im höheren Grad

---

1) Ueberdies wird auch hier wieder unter die Zumessungs- resp. Milderungsgründe mehrfach Manches eingemischt, was an andre Stellen gehört, so z. B. der unverschuldete Arrest, östr. GB. §. 46. k. vgl. §. 139 Anm. 2., die Grade der Theilnahme, östr. GB. §. 44. d. e. hannövr. Art. 93. nr. 4. braunschw. §. 64. nr. 3. thüring. Art. 44. nr. 5., der Affekt (durchgängig) u. s. f., s. auch Breidenbach I. 2. S. 639.

2) Schon hier weichen die neuen Gesetzgebungen ab, indem sie die Gefährlichkeit, die nur ein Moment am Begriff des Verbrechens ist, zu dessen spezifischer Eigenschaft machen.

3) Diesen übersah die ältere Doktrin und Praxis durchaus; theilweise übersieht ihn auch die neue Gesetzgebung. Ueber alles Maß verkennt ihn — trotz wiederholten Protests — besonders Mittermaier. Ganz verworren, und oberflächlich dazu, v. Jagemann S. 538—546.

4) Daß statt des früheren Ueberschweifens in das Gebiet der Moral durch Feuerbach die Gewohnheit, den rechtlichen Gesichtspunkt mit dem polizeilichen zu verwechseln, aufgekommen und in die Gesetzgebung eingedrungen ist, wird noch weit nicht gehörig eingesehen.

5) In dieser Richtung enthält die scharfsinnige Kritik von Möller sehr viel Wahres. Nur schießt sie weit über das richtige Maß hinaus, ganz abgesehen von der theoretischen Unhaltbarkeit und, wie M. selbst zugiebt, praktischen Unbrauchbarkeit des positiven Surrogats, das er giebt.

6) Die 3 von Feuerbach §. 118—125 unterschiedenen Richtungen: Intensität, Festigkeit, Umfang der Triebfeder sind schon deshalb zu verwerfen, weil die Triebfeder das Recht nichts angeht. Hiezu kommt aber noch Halbheit und Widerspruch, wenn Hye S. 555—557 Stärke, Dauer und Umfang des schlechten Willens surrogirt, und doch wieder theilweise aus der Triebfeder argumentirt.

7) d. h. vergleichungsweise im höheren oder geringeren Grade.

böser Wille, folglich dessen höhere Strafbarkeit hervor" [1]). — Eben darauf reduzirt sich im letzten Grunde die Abstufung der Strafbarkeit der Schuldgrade: culpa, luxuria, impetus, vorbedachter dolus, da bei jedem nächsten stets ein weiteres und stärkeres inneres, sittliches Hinderniß überwunden werden muß [2]). Der spezifische Unterschied zwischen dem kulposen und dolosen Handeln besteht dann aber darin, daß die Entgegensetzung gegen die inneren Abhaltungsgründe hier als eine Anspannung, dort als eine Abspannung des Willens hervortritt. Daher ist bei der einfachen culpa die Strafbarkeit um so größer, je weniger Anspannung des Willens es bedurft hätte, um den rechtsverletzenden Erfolg vorherzusehen, je wahrscheinlicher er also an sich und je leichter er gerade von dem Handelnden vorherzusehen war, und je mehr dieser im konkreten Fall zur Anspannung seines Willens (aufmerksam zu sein) verpflichtet war [3]); — bei der luxuria, je deutlicher der Handelnde den möglichen Erfolg einsah und je weniger er gleichwohl sich anstrengte, um den frevelhaften Kitzel zu unterdrücken [4]). Daß nun ferner bei dolosen Verbrechen die Strafbarkeit um so größer ist, je mehr und je dringendere Pflichten der Fassung des verbrecherischen Entschlusses entgegenstanden und je deutlicher sie im Bewußtsein des Handelnden lagen, ist mit Recht von allen neueren Gbüchern anerkannt [5]). Es ist ferner eine richtige Bemerkung [6]), daß im Bunde mit der Pflicht als Abhaltungsgrund zwar nicht immer, aber namentlich bei den Verbrechen gegen die Person das natürliche Gefühl, die Humanität stehe, welchem die Grausamkeit widerstrebe. Mit Recht wird daher besondere Grausamkeit als Beweis besonderer Energie des verbrecherischen Willens betrachtet und zu den Straferhöhungsgründen gerechnet [7]). Endlich können den Pflichten Verstandesreflexionen an die Seite gesetzt und an dem Gewichte solcher dem Entschlusse entgegenstehenden Reflexionen der höhere Grad des verbrecherischen Willens gemessen werden [8]). — Positive Minderungsgründe [9]) können den in dieser

1) Anm. z. bair. GB. Art. 91. Thüring. GB. Art. 44. 1.

2) Dasselbe gilt von den Stufen der Theilnahme am Verbrechen und nach §. 86 von den Gradationen des Versuchs.

3) Dahin gehört besonders auch, wenn der Handelnde ohnedies schon in re illicita versirte. Hye S. 556. vgl. Feuerbach §. 117. Abegg S. 224. Bauer Anm. I. 454—461. Lb. §. 98. 99 (hier einiges Schiefe, dagegen die richtige Bem., daß der subjektive Gesichtspunkt der überwiegende sei). Breidenbach I. 2. S. 635. 636 (ungenügend). vgl. sächs. GB. Art. 43. Held und Siebdrat S. 93. Krug Studien I. 59 f. und verbessernd: Entw. Art. 70. braunschw. GB. §. 64. nr. 7 (ungenügend). thüring. Art. 45 (ebenso). vgl. auch wirt. GB. Art. 59, nr. 2. 246 und Hufnagel Strafgb. Anm. S. 227. nr. 2. bair. GB. Art. 65—70. hannövr. Art. 47—49. vgl. oben §. 66. Anm. 2.

4) In der Regel wird dies nicht gehörig herausgehoben.

5) Feuerbach §. 121. II a. Oestr. GB. §. 43. 263. c—h. n. Bair. Art. 92. 1. Wirt. Art. 109. 1. Hannövr. Art. 93. 1. Braunschw. §. 64. 1. Hess. Art. 120. 1. Bad. §. 151. 1. Thüring. Art. 44. 4. A. M. Möller.

6) Baumeister S. 64.

7) Grolman §. 91. Hannövr. GB. Art. 93. 7. Wirt. Art. 109. 2. Hess. Art. 120. 2.

8) Baumeister S. 65, der als Beispiel treffend die Werthlosigkeit der auf unerlaubtem Wege verfolgten Zwecke anführt, dagegen mit Recht die Furcht vor der Strafe (der die Hoffnung, nicht entdeckt zu werden, entgegensteht) und „den in den modernen Rückfallsstrafen sich breitmachenden magern Gedanken" abweist.

9) Abgesehen von der nicht zutreffenden Auffassung der Minderungsgründe überhaupt,

Richtung geltend gemachten Erschwerungsgründen nicht wohl entgegengestellt werden [1]), da man doch von keinem Verbrechen sagen kann, es enthalte nur eine geringe Pflichtverletzung, — und noch weniger von einer besonders gefühlvollen Weise, Verbrechen zu begehen, wird reden wollen. Namentlich wäre es aber entschieden unrichtig, hier als positive Minderungsgründe die sog. guten Absichten [2]), die löblichen Triebfedern [3]) (Liebe, Mitleid, vermeintliche Pflicht, religiöse Meinungen rc.), oder auch den Pflichtenkonflikt [4]) anzubringen. Alle derlei Umstände beweisen zwar, daß der entgegenstehende Erschwerungsgrund einer abnormen Stärke des verbrecherischen Willens nicht vorliegt, aber eine abnorme Schwäche dieses Willens anzunehmen, berechtigen sie keineswegs, weil die vermeintliche Schwäche durch die Stärke des dem Recht sich opponirenden subjektiven Dünkels aufgewogen wird [5]). — b) Der verbrecherische Wille muß um so stärker sein, je mehr er durch Ueberwindung äußerer Hindernisse eine besondere Geflissenheit oder Verwegenheit [6]) bewiesen hat. Mit Recht erkennen dies alle neueren Gesetzgebungen an [7]). Im Gegentheil ist klar, daß es keiner Steigerung des verbrecherischen Willens bedurfte, daß derselbe vielmehr hervorgerufen, der Entschluß erleichtert wurde, wenn dem Verbrecher die Gelegenheit zum Verbrechen ungesucht

---

ist nicht klar, wie Baumeister hier die gewöhnlichen Leidenschaften und Begierden aufführen mag, die vielmehr unter sein nr. 3 gehören.

1) Daher sagen auch die Gbücher etwas zuviel, wenn sie einen positiven Mind.-grund darin finden, daß der Thäter die volle Größe der Strafbarkeit und Gefährlichkeit seiner Handlung nicht eingesehen habe. Bair. GB. Art. 93. 1. Wirt. Art. 110. 1. Hannövr. Art. 94, 1. 6. Braunschw. §. 66, 1. (diese Gbücher, wie das östr. §. 46 a. §. 264 a, exemplifiziren, am meisten das hannövr.) Hess. Art. 121. 1. 2 (nennt wenigstens die Jugend besonders). Bad. §. 152. 1. — s. dag. Thüring. Art. 44. 4. Zu weit geht aber namentlich das hannövr., wenn es nur „entschuldbare" Trunkenheit gelten läßt (vgl. hess. GB. 121, 5. wirt. 110, 5. bair. 93, 5. hannövr. Art. 94, 5. braunschw. §. 66, 5. thüring. Art. 44. 2. bad. §. 152. 3, wo dasselbe vom Affekt gesagt ist; s. dag. östr. §. 46 d). Inkonsequent ist Breidenbach I. 2. S. 645.

2) Dazu ist bes. noch Mittermaier geneigt. Fortbild. I. 206. vgl. Klein §. 172. s. dag. Abegg S. 221. v. Hartitzsch S. 89. Zürch. GB. §. 72 f.

3) Kleinschrod II. §. 73. Tittmann §. 90. Feuerbach §. 125.

4) Heffter §. 106 (die Beispiele in den Noten erledigen sich großentheils durch andre Gesichtspunkte). Viel zu weit in moralischer u. psychologischer Schätzung geht Hye S. 596 ob. Auch Hufnagel III. 58 sagt zu viel.

5) Sie bilden, um mit der älteren östr. Praxis (Hye S. 562. 563) zu reden, nur negative Minderungsgründe.

6) Mit Unrecht meint Mittermaier n. 4. z. F. §. 102 b., hierin liege bloß ein Beweis größerer Gefährlichkeit des Verbrechers für die Zukunft. So lassen sich alle Erhöhungsgründe wegraisonniren, um so mehr aber auch die Minderungsgründe, mit denen M. so verschwenderisch ist. Ganz verkehrt sind die Einwendungen von Möller S. 78. 79. Von selbst versteht sich nämlich, daß die Individualität des Verbrechers, nicht die des Richters oder eines „normalen Taglöhners" zu Grund gelegt werden muß; und wenn es ganz richtig ist, daß ein Andrer, der keine Hindernisse vorfand, sie vielleicht eben so dreist überwunden haben würde, so folgt daraus gar nichts; denn man straft ja nur für das, was wirklich gethan ist, nicht für das, was hätte gethan werden können.

7) Bair. GB. Art. 92, 2. Wirt. Art. 109, 2. Hannövr. Art. 93, 2. Braunschw. §. 64, 2. Hess. Art. 120, 2. Bad. §. 151, 2. Thüring. Art. 44. 6. — Das östr. §. 43. 263, i. spricht bloß von Ueberlegung u. Geflissenheit bei der Vorbereitung.

sich darbot [1]). Indessen dürfte auch hier der negative Ausdruck vorzuziehen sein. — c) Der verbrecherische Wille erscheint um so stärker, je weniger er von außen her zur Fassung des Entschlusses bestimmt war, was denn namentlich auch wieder dann anzunehmen ist, wenn der Verbrecher die Gelegenheit selbst aufgesucht hat. Mit Recht bilden auch hieraus (Mangel an erheblicher äußerer Veranlassung) die neuen Gbücher einen Erschwerungsgrund [2]). Dagegen sinkt die Strafbarkeit, wenn der Verbrecher durch Noth, Ueberredung, Täuschung, Verführung, Befehl, Drohung zu dem Verbrechen veranlaßt wurde [3]). — Hiemit sind nun aber die rechtlich zuläßigen Gesichtspunkte erschöpft. Alles Weitere daher, was Feuerbach anführt und was ihm mehrere Gbücher (jedoch in stets abnehmender Weise) nachgesprochen haben, muß als rechtlicher Zumessungsgrund verworfen werden, so: aa) die zur Leidenschaft oder Gewohnheit gewordene Begierde [4]), resp. überhaupt der durch frühere Verbrechen oder überhaupt durch notorische Immoralität bewiesene (?) Hang zu Verbrechen, die Verwilderung des Verbrechers, seine Lasterhaftigkeit u. s. f. [5]). Dies sind Momente, welche den Verbrecher polizeilich als sehr gefährliches, moralisch als sehr verdorbenes Subjekt darstellen, mit dem bestimmten Verbrechen dagegen gar nichts zu schaffen haben, wenn sie nicht in einer der a—c) angef. Richtungen sich äußern, was allerdings häufig geschehen wird, aber keineswegs immer geschieht, wie denn umgekehrt z. B. auch bei einem rückfälligen Dieb Noth, Verführung, Gelegenheit ꝛc. in bedeutendem Grade wirken können [6]). bb) die Gefährlichkeit und Bösartigkeit der Begierden und Leidenschaften [7]); —

1) Bair. GB. Art. 93, 4. Braunschw. §. 66, 4. Oestr. §. 46, e. Wirt. Art. 110, 4. Hannövr. Art. 94, 4. vgl. Hess. Art. 121, 4. Bad. §. 151. 3. Baumeister S. 62. Hye S. 588.

2) Bair. GB. Art. 92, 3. Wirt. Art. 109, 3. Hannövr. Art. 93, 3. Braunschw. §. 64, 4. Hess. Art. 120, 3. Bad. §. 151, 3. Thüring. Art. 44, 3. Zu weit geht das braunschw., wenn es von „Lust am Verbrechen" spricht („diabolische Lust" Baumeister S. 67. 68): darnach hat der Richter nicht zu fragen; ihm genügt der Mangel an allem normalen innern oder äußern Antrieb.

3) Bair. GB. Art. 93, 2. 3. Wirt. Art. 110, 2. 3. Hannövr. Art. 94, 2. 3. Braunschw. §. 66, 2. 3. Hess. Art. 121, 3. Bad. §. 152, 2. Oestr. §. 46, c. f. §. 264, c. d. f. Thüring. Art. 44, 3. — Auch hier ist die Lokation bei Baumeister (S. 101) sehr auffallend und unnatürlich.

4) Feuerbach §. 121—123. Oersted Grundreg. S. 345. 346. Heffter §. 97. n. 2. Bauer §. 95. Berner Theilnahme S. 140. 141. 486—488. Bei Feuerbach, der das ganze Strafrecht auf den Standpunkt der Polizei stellt, ist die Hervorhebung dieses polizeilich sehr wichtigen Moments ganz konsequent. Berner dagegen verläuft sich ganz und gar in Moral. vgl. auch Breidenbach I. 2. S. 639—641, der die richtige Ansicht hat, aber ohne Noth meint, es müssen hier der Volksmeinung Konzessionen gemacht werden. Ganz verkehrt v. Jagemann S. 540 f.

5) Bair. GB. Art. 92. 4. Wirt. Art. 109, 5. Hannövr. Art. 93, 5. Braunschw. §. 64, 6. Hess. Art. 120, 4. Bad. §. 151, 4. Thüring. Art. 46. Oestr. §. 44, b. e. Zürch. §. 71, d. vgl. übr. wegen der vita ante acta Hufnagel I. 233 mit Breidenbach a. a. O., der es mit dem Beweise leichter genommen wissen will. s. dag. bes. auch Hye S. 576 (das östr. GB. ist weit mäßiger und nüchterner, als die übrigen), u. für Wirt. überh. noch Hufnagel I. 634. 635. II. 524. III. 138.

6) s. auch Baumeister S. 65. 72—74. Möller S. 80. bes. Trefurt N. Arch. 1838. S. 415—423. — Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 17.

7) Bair. GB. Art. 92, 5. Wirt. Art. 109, 4. Hannövr. Art. 93, 6. Braunschw. §. 64, 5. Die übrigen Gbücher haben dieses Moment aufgegeben. — vgl. Feuerbach §. 124. 125.

wogegen ganz dasselbe gilt [1]. cc) die Konkurrenz (s. o.). dd) Außer dem aus dem aa) angef. Grunde verwerflichen Minderungsgrunde eines früheren untadelhaften Lebenswandels stellen die neuen Gbücher noch einige andere auf, die sie aus dem Benehmen des Verbrechers nach der That abnehmen, die aber eben deshalb nicht zu rechtfertigen sind, weil dieses Benehmen die That nicht mehr ändern kann und einen jedenfalls nur sehr unsichern und stets mit größter Vorsicht zu behandelnden Schluß auf die Intensität des in der That selbst geoffenbarten verbrecherischen Willens zuläßt [2]. Dahin gehört [3] α) die Beschränkung der verbrecherischen Thätigkeit auf einen geringeren Schaden, als möglicher Weise anzurichten gewesen wäre [4], β) Bestreben, die Folgen des Verbrechens zu verhindern, γ) Bestreben, den Schaden zu vergüten (aus freiem Antrieb) [5], δ) Selbstdenunziation, ε) baldiges unumwundenes Geständniß [6], ζ) Entdeckung anderer Verbrecher oder Lieferung von Mitteln und Gelegenheit zu ihrer Habhaftwerdung (aus eigenem Antrieb) [7]. Von diesen Umständen sind die drei ersteren sehr problematischer Natur, sofern sie allerdings möglicher Weise den fraglichen Schluß gestatten können, aber auch ebensogut nicht. Die drei letzteren Nummern dagegen sind Geschöpfe der Politik von weniger als bloß zweifelhaftem moralischem Werth [8], rechtlich aber entschieden werthlos, da der Rückschluß von diesen Momenten auf den in der That geäußerten Willen ganz grundlos, und die Reue, wenn sie in Wahrheit vorliegt, nur ein Grund zur Begnadigung ist [9]. Ueberdies würde die Konsequenz fordern, daß das Läugnen als Erschwerungsgrund angesehen würde. Neuerdings hat man jedoch mit Recht den falschen Satz aufgegeben, daß der An-

---

1) Baumeister S. 71. 72. Breidenbach I. 2. S. 636. n. 2.

2) s. bes. Baumeister S. 75—77.

3) so das bair. GB. Art. 94. Hannövr. Art. 95. Wirt. Art. 111 (jedoch ohne den Fall ζ!). Hess. Art. 121, 6—8 (ohne den Fall α). Bad. §. 152, 5. 6 (ohne α u. ζ). Braunschw. §. 66, 6 (ohne ζ, jedoch unter Beifügung des Falls, wenn ein zurücktretender Theilnehmer zu der Erwartung berechtigt war, daß das Verbrechen unterbleiben werde). Thüring. Art. 48 (ohne α u. ζ). Oestr. §. 46, g—i. §. 47 b. §. 264, g—l. vgl. Zürch. GB. §. 72, g—i. Hamb. Entw. 1849. Art. 50.

4) s. dag. Breidenbach I. 2. S. 650.

5) Das östr. GB. §. 47 c. fügt bei: wenn der Schade gering ist oder der Beschädigte (gleichviel von wem!) vollständig Ersatz erhält. Hye S. 608. 609.

6) im ersten oder zweiten Verhör (Baiern); im Anfang der Untersuchung, ohne überführt zu sein (die übrigen Gbücher); eigenthümlich Oestr. §. 46, h. (Hye S. 590. 591, dessen Begründung sehr euphemistisch ist).

7) Neben dem Bekenntniß der eigenen Schuld (Hessen) Breidenbach I. 2. S. 646—649. Das wirt., braunschw., bad. u. thüring. GB. lassen allerdings diese immerhin gehässig erscheinende Nummer aus; die 3 ersteren ersetzen es aber hinreichend durch (Wirt.) Art. 83 (aufgehoben) 144. 187. 212. Braunschw. §. 69, 3. Baden §. 131, 1. s. auch Thüring. GB. Art. 81. — vgl. Hye S. 591—595 (nach dessen Ausführung der Mind.Grund sogar ganz vom Zufall abhängig gemacht wird, mithin den letzten Schein rechtlichen Charakters verliert!).

8) Wie nah liegt bei δ u. ε die Belohnung bloßer Heuchelei u. schlauer Berechnung! (nach der östr. Fassung fällt dies indessen weg). Ueber ζ sind allerdings die Ansichten verschieden. s. z. B. Breidenbach I. 2. S. 646—649. Hye S. 591—595. Trefurt b. Thilo S. 168 (am treffendsten).

9) s. auch Breidenbach I. 2. S. 647. n. 6. u. Baumeister S. 77, der mit Recht solche Transaktionen für des Staates unwürdig erklärt.

geschuldigte rechtlich verpflichtet sei, zu gestehen [1]) und straft daher bloßes Läugnen und Weigern der Antwort nicht mehr, sieht es auch nicht als Erschwerungsgrund an [2]). Eben dann ist es aber um so willkührlicher, das Gegentheil als Minderungsgrund aufzustellen [3]). ee) Ebensowenig Grund haben die im hannövr. GB. Art. 95, 6 und im braunschw. §. 66, 7 aufgestellten Minderungsgründe [4]). Ueber den im letzteren §. 66, 8 angegebenen s. nachher. — Sind nun hiernach die rechtlich zu beachtenden Minderungsgründe durch die bisher aufgestellten Gesichtspunkte beschränkt und über diese hinaus nicht aus moralischen oder polizeilichen Rücksichten auszudehnen, so folgt von selbst, daß dasselbe auch mit den Milderungsgründen der Fall sein muß, die nach dem o. A. nichts Andres als potenzirte Minderungsgründe sind. Es ist daher im Allgemeinen nur gut zu heißen, daß (s. o. vor II.) die meisten neuen Gbücher hierin zwischen dem bair. GB. einerseits und dem braunschw., resp. östreichischen andrerseits einen Mittelweg einschlagen; nicht so aber die Art und Weise, wie es meist geschieht. Alle nehmen einige allgemeinen Milderungsgründe an [5]), nur das preußische [6]) beschränkt sich in dieser Hinsicht auf die Jugend, welche somit allgemein als Milderungsgrund, — nach dem hess. GB. Art. 121, 1 [7]) noch überdies von 16—18 J. als Strafminderungsgrund angenommen ist. In Hinsicht der weiteren allgemeinen Milderungsgründe herrscht dagegen keine Uebereinstimmung. Nur der im bair. GB. Art. 106 aufgeführte allgemeine Milderungsgrund des Mangels am Thatbestande ist von sämmtlichen neueren Gbüchern mit Recht verworfen worden [8]). Außerdem enthalten sodann sämmtliche neuen Gbücher spezielle Milderungsgründe im besonderen Theile, jedoch nicht nur in sehr verschiedenem Umfange, sondern auch in sehr verschiedener Weise, indem die einen auch hier nur bestimmte Milderungsgründe (z. B. Beleidigung, thätige Reue, freiwilligen Ersatz, Widerruf beim Meineid ꝛc.) anerkennen [9]), Andre dagegen nur allgemein im Fall mildernder Umstände Herabsetzung der Strafe eintreten lassen,

---

1) s. dag. noch d. wirt. VO. 23. Apr. 1809 u. wirt. Präjud. v. J. 1840 bei Hufnagel I. 636. 637. Unter dieser Voraussetzung war es dann aber andrerseits sonderbar, den zu belohnen, der nur seine Schuldigkeit that. Baumeister S. 103.

2) s. meine Schrift: der Wendepunkt ꝛc. S. 101—106 (zuviel giebt Schaffrath S. 581 zu).

3) Das östr. GB. §. 45. 263. m. (vgl. preuß. LR. §. 51) führt nur positives Lügen als Erschwerungsgrund auf. vgl. Hye S. 577—579, der aber jedenfalls die Sache irrig auffaßt, da solche Lügen nur als selbständiges Delikt strafbar sein, nie aber als Schärfungsgrund für das vorher verübte Verbrechen gelten können. s. auch Zürch. GB. §. 71, e.

4) Breidenbach I. 2. S. 650. Baumeister S. 77.

5) Auch das braunschw. GB., was neben dem §. 62 als Luxus erscheint.

6) Mit Unrecht behauptet Leonhardt I. 35 dies auch vom hannövrischen. s. dag. Art. 83, 2.

7) Nicht auch nach dem wirtemb. s. zwar Hufnagel I. 201. dag. Strafgb. m. Anm. S. 496. u. Breidenbach I. 2. S. 643. n. 2 (S. 642 wird unrichtig behauptet, das sächs. GB. habe keine speziellen Mild.gründe). In Bez. auf Sachsen s. Schaffrath S. 620. vgl. Weiß S. 269. v. Hartitzsch S. 126. vgl. Zürch. GB. §. 72, k.

8) Schon im oldenb. GB. war er hinweggelassen. s. auch bair. Ges. 29. Aug. 1848. Art. 8.

9) So bes. das bair., sächs., wirtemb., hess., bad., thüring. GB.

ohne dem Richter anzugeben, was er als mildernden Umstand zu betrachten habe [1]). Außerdem kommt es hie und da vor, daß ein Straffatz ohne Minimum vorgeschrieben wird, wo dann die Festsetzung bestimmter Milderungsgründe überflüssig wird [2]). Das System der allgemeinen Verweisung auf mildernde Umstände ist eine Halbheit; es liegt darin eine Transaktion zwischen dem in Deutschland hergebrachten und dem französischen Systeme [3]) und, da es völlig willkührlich erscheint, warum die Verweisung in einer Reihe von Fällen beliebt, in einer Reihe andrer nicht beliebt worden ist, eine offenbare Inkonsequenz [4]). Diese wird nur noch vergrößert dadurch, daß die betr. Frage an die Geschwornen nicht von Amtswegen gestellt werden muß [5]), wodurch die Willkühr eben nur von den Geschwornen auf die Richter übergetragen wird. Leitende Grundsätze können nicht aufgestellt werden [6]), und die Halbheit des ganzen Systems erscheint um so verwerflicher, da es an einem allgemeinen Mild.grund für die Fälle der sog. verminderten Zurechnung fehlt [7]). — Muß man sich hiernach für das System bestimmter Milderungsgründe entscheiden, so ist — abgesehen von der Strafmilderung, die wegen auswärts begangener Verbrechen (s. o.) [8]) nöthig werden kann — ein sicherer Anhaltspunkt dafür nur aus den vorhin für die Strafzumessung überhaupt angef. Rücksichten zu gewinnen. Auch hier sind also vornweg bloß moralische oder polizeiliche (resp. politische) [9]) Rücksichten auszuschließen [10]). Zugleich werden nur solche Strafmilderungsgründe hier aufzuführen sein, welche, in höchster Potenz auftretend, zur völligen Straflosigkeit führen. Hiernach bleiben aber, da die oben unter b) angegebene Rücksicht wegfällt, nur zwei Kategorieen übrig, denen eine dritte beizufügen ist, —: a) Gravitiren zum Mangel alles

1) So bes. das hannövr. und preuß. GB. Leonhardt I. 34. n. 3. Beseler S. 33. 34. Doch hat das hann. daneben auch spezielle Mild.gründe bei einzelnen Verbrechen. Eine Grille von Bauer Anm. I. 569 ist es, daß hier nicht von richterlichem Milderungsrecht gesprochen werden solle.

2) Mittermaier N. Arch. 1852. S. 169. 170 schreibt diese Methode vornämlich nur dem preuß. GB. zu. Sie findet sich aber auch in andern sehr häufig angewandt, namentlich z. B. im thüringischen.

3) Ueber den Gang der Gesetzgebung in Preußen s. Goldtammer I. 399—402. 445. 446. Beseler S. 29—36.

4) Mittermaier N. Arch. 1852. S. 179—187, der freilich vom französischen Standpunkte aus argumentirt.

5) Preuß. Einf.Ges. Art. XXIV. f. jed. Ges. 3. Mai 1852. Art. 84. Wunderlich ist die Austheilung der Willkühr an Richter und Geschworne in der hannövr. Strafpr.O. Art. 186. Anders lag die Sache in Braunschweig, Strafgb. §. 62. Strafpr.O. §. 140 (Justizorg.ges. II. 82 f.).

6) Goldtammer gesteht dies offen. Beseler versucht es ohne Glück. Unbedeutend ist Temme Glossen S. 112. 113.

7) Höchst sonderbar nehmen sich die dafür aus der Gefährlichkeit eines zu weiten richterlichen Ermessens entnommenen Gründe (Goldtammer I. 401. 402) aus.

8) vgl. wirt. GB. Art. 5.

9) Anders freilich die neuen Gbücher, die so oft aus der Denunziation der Mitschuldigen einen Milderungs-, ja einen Strafaufhebungsgrund machen. Eben dahin gehören die thätige Reue, der Schadensersatz u. dgl. Mild.gründe, die man zweckmäßig finden mag, aber nicht rechtlich zu begründen suchen muß.

10) Natürlich auch die nur durch falsche Auffassung in der Gesetzgebung und Doktrin hie und da unter die Mild.gründe verirrten Fälle der Konkurrenz und der während der Untersuchung unverschuldet erlittenen Uebel.

Bewußtseins, zur Zurechnungsunfähigkeit [1]) (§. 50—53). Indessen lassen von den betr. Zuständen einige keine allmälige Annäherung zu, wie die Schlafzustände; andre, wie die Geisteskrankheiten, lassen wohl eine solche zu, aber ohne daß es bis jetzt der Wissenschaft gelungen wäre, bei allen derselben Grade zu fixiren, für welche adäquate Werthe in der Skala der Strafbarkeit mit einiger Zuverläßigkeit bestimmt werden könnten, davon ganz abgesehen, daß hinter der Annahme solcher Grade sich meist nur die Zweifelhaftigkeit darüber verbirgt, ob überhaupt Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sei oder nicht [2]). Vom rechtlichen Standpunkte aus läßt sich nun hierüber nur soviel sagen. Wo es sich um solche zweifelhaften Uebergangs-, Intermissionszustände ꝛc. handelt, ist gar keine Strafe, auch keine gemilderte gerechtfertigt. Ein solchenfalls statuirter Milderungsgrund ist nichts andres, als der jetzt allgemein verworfene Mild.grund des Mangels am Thatbestand [3]). Glaubt dagegen der Kunstverständige, daß der Thäter noch als frei zu prädiziren, aber bereits im Beginn einer Geisteskrankheit begriffen sei, so darf derselbe nur dem erziehenden Strafzwang überwiesen werden. Dasselbe ist aber auch da anzunehmen, wo man wirkliche Stufen einer Geisteskrankheit fixiren zu dürfen glaubt, da es auch hier um einen Kranken sich handelt, der niemals den Geistiggesunden gleichgestellt werden darf (§. 53. Anm. 2. §. 54) [4]). Es bleiben mithin, da der Affekt, wo er die Zurechnung nicht aufhebt, eine eigene Schuldstufe bildet, nur übrig: Jugend, Taubstummheit, Verstandesschwäche und Trunkenheit [5]). b) Gravitiren zum Mangel aller spontanen Thätigkeit. Hiebei handelt es sich nicht etwa von Graden der Freiheit (§. 54), sondern von inneren oder äußeren Bestimmungsgründen, welche mit so abnormer Stärke auftreten, daß die Intensität des verbrecherischen Willens (der Schuld) als in außerordentlichem Grade vermindert erscheint, weil die Ueberwindung des Reizes eine außerordentliche Steigerung der sittlichen Kraft erfordert haben würde, wie man sie der Regel nach weder erwarten noch fordern darf [6]). Als solche Reize erscheinen einerseits krankhafte Begierden, wie Heimweh, Gelüste der Schwangeren u. dgl., andrerseits dringende Noth oder schwere physische oder psychische Gewalt (§. 61. Anm. 2) [7]). c) Eine einfache Konsequenz der ob. (§. 127 ff.) ausgef. Begründung der Verjährung ist die Nothwendigkeit, der nicht sprungweise, sondern allmälig wirkenden Macht der Zeit auch schon vor dem Abfluß der ganzen Verjährungsfrist einen strafmildernden Einfluß einzuräumen [8]). — Abgesehen von der

1) Gewöhnlich wird nur unter dieser Rubrik allzuviel zusammengepropft. s. z. B. Martin §. 56. Marezoll S. 175—177. Mittermaier n. 3. 6. z. F. §. 94. Fortbild. I. 270—273.

2) A. Henke Abh. aus d. ger. Medizin II. 274 f.

3) Dies übersieht Mittermaier, der daher in diesem Punkt nicht weit genug geht, während er in andern das Gegentheil thut. s. auch N. Arch. 1852. S. 171—176.

4) Baumeister S. 83—87 (nicht ganz klar).

5) Baumeister S. 68—70. 105 ff. Die Ansicht von Feuerbach §. 100 (Rev. I. 254—331. Oersted Prüf. d. bair. Entw. S. 222 f. Hepp Zurechnung S. 49 f.) hat jetzt wohl keinen Vertheidiger mehr. s. Feuerbach's eigenen nachgel. Entw. Tit. V. Art. 7.

6) Martin §. 56. n. 12 u. Thibaut, Welcker ib. citt.

7) Bauer Abh. I. 207. Baumeister S. 63. 66. 99. 100. vgl. Heffter §. 106. n. 1, wo die Rubrik nicht treffend ist.

8) Baumeister S. 100. 123. Schaffrath S. 580. A. M. wohl fast

Jugend (s. o.), sind nun die angef. Mild.gründe von den neuen Gbüchern nicht im gehörigen Maß berücksichtigt. Ganz fehlen sie im östr. [1]), bair. [2]) und preuß. GB. [3]). Das sächs. (Art. 64) läßt nur bei hohem Grade von Blödsinn oder Verstandesschwäche an die Stelle der Todesstrafe lebensl. Zuchthaus treten [4]). Das hannövr. erkennt bloß lichte Zwischenräume bei Geisteskranken als Milderungsgrund für dolose Verbrechen an [5]). Auch das wirt. nennt nur Blödsinn und Verstandesschwäche in hohem Grade, läßt sie jedoch allgemein wirken [6]). Weiter geht schon das hessische Art. 114, es nennt ausdrücklich Taubstummheit, Schlaf, Nachtwandeln, Wahnsinn, Blödsinn, Verrücktheit, Raserei, vorübergehende Verwirrung der Sinne oder des Verstandes [7]), schließt dagegen die oben unter b) genannten Fälle aus [8]). Ebenso im Wesentlichen das braunschw. §. 60 [9]). Das thüring. nennt (Art. 59) nur einen hohen Grad von Verstandesschwäche und theilweise (nicht mit dem Verbrechen im Zusammenhang stehende) Seelenkrankheit (!). Das bad. GB. dagegen [10]) fügt (§. 153) den im hess. genannten Fällen ausdrücklich auch noch Noth und Zwang bei [11]). — Der unter c) angegebene Milderungsgrund ist nur vom wirt. GB. Art. 113 [12]) anerkannt.

---

alle Neueren; s. dag. Farin. qu. 10. n. 84 sq. Carpzov qu. 141. n. 84—87. und die bei Gründler N. Arch. 1841. S. 515. 516. n. 13—16 Angef.

1) Nur Schwäche des Verstandes kommt als Strafminderungsgrund vor. §. 46. a.

2) Nach den Anm. I. 299 sollte für die Fälle der sog. verminderten Zurechnung der Art. 106 aushelfen! Mot. v. 1854. z. Art. 83. 84. s. aber Ges. 29. Aug. 1848. Art. 3.

3) dag. s. Mittermaier N. Arch. 1852. S. 172. 173.

4) Weiß S. 272—275. Held N. Jahrb. 1845. S. 145 f. (wornach das O.A.G. einigermaßen ausdehnend interpretirt). vgl. Schüler Beitr. S. 46. Held u. Siebdrat S. 120. 121. Breidenbach I. 2. S. 606. u. d. neuen Mot. z. Art. 84. Das Zürch. GB. §. 83 führt gar nur den höchsten Grad unverschuldeter Trunkenheit an!

5) Art. 83, 2, und selbst dies höchst unbestimmt; vgl. Art. 98. Verstandesschwäche, Affekt, Trunkenheit, die Zurechnung nicht ganz aufhebende Gemüthsgebrechen sind ausdrücklich nur für Minderungsgründe erklärt. vgl. Meyer in der jurist. Ztg. 1850. S. 295 f.

6) Geringere Verstandesschwäche u. Trunkenheit sind ausdrücklich bloß als Mind.-gründe anerkannt. Ueber andre psychische Abnormitäten ist die Praxis nicht entschieden. Hufnagel I. 214. vgl. Strafgb. m. Anm. S. 495.

7) Bei den meisten läßt sich freilich eine bloße Annäherung nicht denken. s. o. Breidenbach I. 2. S. 607—615.

8) Noth u. Drohung sind bloß Strafmind.gründe. s. indessen Breidenbach I. 1. S. 581. u. I. 2. S. 613. 614 (der Gelüste der Schwangern u. Heimweh unter den Art. 114 stellt, desgl. Noth u. Drohung, wenn sie Sinnen- oder Verstandesverwirrung herbeiführen).

9) Ebenso der neuste bair. Entw. Art. 83. 84 (vgl. Ges. 29. Aug. 1848. Art. 3) u. die hamburg. Entwürfe. s. jedoch Breym. S. 221. Bem. 3. 4.

10) Thilo S. 168. 169. vgl. Entw. f. Schlesw.-Holstein §. 76. Mit Recht fordern die meisten Gbücher direkt oder indirekt einen hohen Grad der fraglichen Zustände. A. M. Mittermaier, s. dag. Baumeister S. 107—110. Sächs. Mot. z. Art. 84.

11) Noch weiter geht der sächs. Entw. Art. 84. 93. 94; er fügt auch Befehl, Rechtsirrthum, Nothwehr bei. — vgl. noch GB. von Parma Art. 63. Sardinien Art. 100. Entw. f. Toskana §. 81. Wadtl. GB. Art. 58 vgl. 57.

12) relativ vom wadtländ. Art. 60. 62. vgl. bad. Mot. b. Thilo S. 206. 207.

4) Hinsichtlich der Wirkung A) der Zumessungsgründe sind die Arten der relativ bestimmten Strafgesetze zu unterscheiden. a) Sind vom Gesetz verschiedene Strafarten genannt [1]), so können diese hinsichtlich des Grades wieder bestimmt oder unbestimmt sein. Letzteren Falls sind hinsichtlich der Bestimmung des Grads die nachher (unter b) folgenden Regeln anzuwenden. Ersteren Falls hat der Richter jedenfalls eine der bestimmten Strafarten zu wählen, es müßte denn hinsichtlich beider die Nothwendigkeit der Verwandlung eintreten [2]). Bei der Wahl zwischen den im Gesetz vorgeschriebenen Strafarten wird häufig von Aelteren und Neueren der Grundsatz aufgestellt, daß der Richter nicht nur auf die konkrete Erscheinung des Verbrechens, sondern auch auf Stand, Charakter ꝛc. des Verbrechers zu sehen und Billigkeitsrücksichten zu befolgen habe [3]). Jedoch mit Unrecht [4]). Vielmehr entscheidet auch hier nur der größere oder geringere Grad der Strafbarkeit. Von selbst versteht sich dies, wo entschieden subordinirte Strafarten alternativ gedroht sind [5]); es ist aber auch dann der Fall, wenn die Strafarten sich koordinirt sind, wie z. B. Freiheits- und Geldstrafen ꝛc., Freiheitsstrafen und körperliche Züchtigung. Denn auch hier wird man doch immer die eine der Strafarten als die schwerere anerkennen müssen. Für den letzteren der angef. Fälle geben nun die Gbücher stets ausreichende Bestimmungen hinsichtlich der zu treffenden Wahl (§. 140. Anm. 1). Im ersteren dagegen erscheint der Natur der Sache nach die Geldstrafe als die mildere. Daher ist es verwerflich, wenn das Gesetz hier den Richter anweist, die Wahl nach dem Stande, der Bildungsstufe, der bürgerlichen Stellung ꝛc. des Schuldigen zu treffen, weil hierin eine Bevorrechtung des Höhergestellten und Wohlhabenden liegt [6]). — b) Ist vom Gesetz ein Maximum und Minimum festgesetzt, so kann dies nur den Sinn haben, daß die Strafe aller gewöhnlichen (keine Strafänderung bedingenden) Fälle innerhalb dieses Rahmens fallen und größer oder geringer ausfallen soll, je nachdem die Straferhöhungs- oder die Strafminderungsgründe im konkreten Falle überwiegen [7]).

Breidenbach I. 2. S. 651. 652. Hufnagel Strafgb. m. Anm. S. 104. 105. Als Mild.grund erscheint übrigens die Verjährung hie und da auch bei den unverjährbaren Verbrechen. s. z. B. östr. GB. §. 231. braunschw. §. 71. zürch. §. 84. 85. thurgau. Art. 93.

1) Roßhirt Entw. S. 40 nennt derlei Gesetze „mehr als bestimmte".

2) Dies übersieht Kleinschrod II. §. 135. Roßhirt a. a. O. s. dag. Henke I. 588. Wächter I. §. 121. n. 94. Abegg S. 240. Bauer §. 151. Heffter §. 160. Martin §. 59.

3) Carpzov qu. 133. n. 49 sq. Feuerbach §. 160. Abegg S. 239. 240. Heffter §. 160.

4) Böhmer ad C. qu. 133. obs. 1. Henke I. 587. Kleinschrod a. a. O. Martin §. 59 (s. übr. §. 63). Unbestimmt drückt sich Bauer §. 152 aus. Daß die Wahl nicht dem Verbrecher überlassen werden dürfe, ist in der neuen Doktrin u. Gesetzgebung allgemein anerkannt. s. z. B. Preuß. LR. §. 86. Oestr. GB. §. 261. Eine Ausnahme macht das sächs. GB. Art. 20 a. E. (anders im neuen Entw.).

5) Eigenthümliche Bestimmungen hiebei hat das thüring. GB. Art. 11. — Auch hier will Weiß S. 196. nr. 11 aristokratische Rücksichten eintreten lassen. s. dag. bad. Mot. b. Thilo S. 166.

6) So sächs. GB. Art. 20. thüring. Art. 16. s. dag. preuß. §. 18 (Beseler S. 120). braunschw. Mot. b. Breym. S. 177. 178. Neue sächs. Mot. z. Art. 24—26.

7) Treffend östr. GB. §. 48. Jenull I. 437 ff. Hye S. 609 ff.

Dagegen erscheint es als eine widernatürliche Annahme, daß das Minimum als der ordentliche Strafsatz anzusehen sei [1]). Hiemit werden nämlich sämmtliche über dem Minimum ausgemessenen Strafen als außerordentliche (geschärfte) prädizirt und das relativbestimmte Gesetz faktisch wieder in ein absolutbestimmtes verwandelt; die Festsetzung von Strafminderungsgründen verliert aber dabei allen Sinn, und der Begriff des Gewöhnlichen (eine Mannigfachheit enthaltenden), der doch eben in dem vom Gesetze gegebenen Spielraum seinen Ausdruck finden soll, wird auf einen Punkt zusammengedrängt und zum innern Widerspruch. Zwar wird ganz treffend bemerkt [2]), daß die Erhöhungs- und Minderungsgründe begriffsmäßig nicht als qualitativverschiedene, sondern als dieselben, nur das eine Mal positiv, das andre Mal negativ ausgedrückten Momente zu betrachten seien. Allein ganz abgesehen davon, daß dies keineswegs durchaus auf unsere Gbücher paßt, welche verschiedene (namentlich politische) Milderungsgründe ohne Korrelat enthalten, folgt daraus keineswegs jenes Resultat, welches nur dadurch erschlichen werden kann, daß man den Minderungsgründen als eigentliche Korrelate der Erhöhungsgründe die Milderungsgründe unterschiebt und hiernach allerdings das Minimum als den normalen, mittleren Durchschnittspunkt zwischen Erhöhungs- (Schärfungs-) und Milderungsgründen erhält [3]). Dadurch wird aber offenbar der wahre Sinn des Strafrahmens zugleich mit dem allgemein angenommenen Unterschiede zwischen Zumessungs- und Strafänderungsgründen verfälscht; und am wenigsten wird damit für die neuerdings so vielfach und lebhaft aufgetretene Polemik [4]) gegen die Regel des Mittelmaßes gewonnen. Im Gegentheil folgt gerade aus jener begriffsmäßigen Auffassung der Strafzumessungsgründe, daß das Gesetz die Mitte zwischen dem Maximum und Minimum als den festen Punkt annehmen muß, welcher dem Gleichgewicht der Erschwerungs- und Minderungs- (der positiven und negativen) Zumessungsgründe entspricht. Auch ist diese Annahme in der That die allein natürliche [5]). Die Gegengründe sind ungemein schwach. aa) wird gesagt, es gebe gar kein Normalmaß der Verschuldung, das der Gesetzgeber als Regel zu Grund legen könnte, und ebensowenig könne man sich eigentlich ein Gleichgewicht zwischen Erschwerungs- und Minderungsgründen denken; bb) durch die Regel des Mediums schiebe man dem Richter ein Bequemlichkeitspolster unter,

---

1) So Kleinschrod II. §. 135. Hefter §. 161. Baumeister S. 104.

2) Trefurt im N. Arch. 1838. S. 412—415. Baumeister a. a. O.

3) Baumeister S. 101—126.

4) s. bes. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 171—182. Fortbild. II. 65 ff. — n. 2. z. F. §. 78. u. n. 2. z. §. 102 b. Groß I. 119. Weiß S. 196. nr. 10. v. Hartitzsch S. 89. Held u. Siebdrat S. 92. Breidenbach I. 2. S. 652—657. Leonhardt I. 418. 419. Unrein de arb. jud. ex Cod. Saxon. concesso. 1838. Oldenb. VO. 11. Okt. 1821. Breym. Bem. z. §. 63. S. 226. Bad. Mot. u. Komm.ber. b. Thilo S. 161—163. 165. 166. Bair. Mot. 1854. z. Art. 78. Hepp Komm. II. 399. III. 355 (A. M. I. 747). Hohbach b. Hufn. Strafgb. m. Anm. S. 496. Häberlin I. 144—146 (sehr oberflächlich). v. Jagemann a. a. O. S. 528—530. Erachten f. Mecklenb. 1. S. 25—27. 33—35 ꝛc. (viel Gutes, aber sehr übertrieben).

5) Roßhirt Entw. S. 41—43. Abegg S. 240. Wächter Abh. I. 257. Zehnter in der Zeitschr. f. Strafverf. II. 1. nr. 1. Schaffrath S. 585—587. Anm. z. bair. GB. I. 235. Wirt. Mot. S. 61. Hufnagel I. 231. 232. Not. *. 630 od. 631—634. II. 523. Jenull u. Hye a. a. O. N. Rev. S. 865. 866.

cc) man verursache dadurch die grausamsten Härten [1]). Umgekehrt ist aber zu aa) gar nicht zu begreifen, wie der Gesetzgeber zu einem Maximum und Minimum kommen könnte, wenn er nicht von einem durchschnittlichen mittleren Maße ausgienge, von welchem aus er sich die Strafbarkeit steigend und fallend denkt, und welches eintreten muß, wenn die Gründe für das Steigen und das Fallen sich die Wage halten. Auch ist es ganz falsch, wenn man meint, dadurch werde die Strafausmessung zu einem Rechenexempel, da es sich vielmehr damit sehr wohl verträgt, die Zumessungsgründe nicht zu zählen, sondern zu wägen, und da mit der Aufstellung des Mediums als Ausgangspunkt für die Strafausmessung keineswegs gesagt ist, daß in einer gewissen Zahl, oder gar der Mehrzahl der Fälle nun auch nur auf das Medium erkannt werden solle [2]). Eben damit fällt der Vorwurf zu bb) von selbst hinweg, der ohnedies durch den Gegenvorwurf der Privilegirung zügelloser Willkühr mehr als aufgewogen würde. Ueberdieß erstaunt man, von den Gegnern selbst am Ende doch die Weisung an den Richter zu vernehmen, daß er erst prüfen solle, ob der Fall eine größere Strafe (gegen das Maximum zu) oder eine geringere (gegen das Minimum zu) verdiene, und daß er dann diese vorläufige approximative Größe zum Anhaltspunkte für die Abwägung der Erhöhungs- und Minderungsgründe zu nehmen habe. Das ist ja am Ende doch wohl dieselbe Operation, die man so hart anficht, nur daß man nicht vom Medium selbst, sondern von dem Raum über oder unter Medium ausgeht [3])! Der allein stichhaltige Einwurf ist der zu cc), den jedoch nicht die Wissenschaft, sondern bloß das Ungeschick des Gesetzgebers zu verantworten hat, wenn er sich in der Festsetzung der Endpunkte vergreift [4]). Entstehen hieraus Inkonvenienzen, so wird sich die Praxis freilich durch wissenschaftliche Gründe nicht abhalten lassen, in dubio sich näher am Minimum zu halten; aber für ein Glück ist ein solches prinziploses Gebahren, das noch überdies der Einmischung aller möglichen moralischen Rücksichten Vorschub leistet, sicherlich nicht zu halten. — B) In Betreff der Wirkung der Milderungsgründe sind die Meisten [5]) der Ansicht, daß sie eine begrenzte sein müsse, wiewohl freilich die gemeinrechtlichen Lehrbücher die Frage beinahe durchaus vag und oberflächlich behandeln [6]). Diese Ansicht ist denn auch fast in sämmtliche [7]) neuen Gbücher übergegangen. Jedoch mit Unrecht. Denn

---

1) s. bes. Mittermaier u. Breidenbach a. a. O. vgl. Hufnagel I. 628. 629. Strafgb. m. Anm. S. 496.

2) Gegen diese ganz grundlose Voraussetzung richten sich die Argumente der Gegner ganz besonders. s. dag. die Ausführungen b. Hufnagel I. 231. Not. 630. ob. 631—634. Hye allerdings streift an Mechanismus.

3) Mittermaier Fortbild. I. 69. Breidenbach a. a. O. Dagegen sagen freilich die bad. Mot., die Bem. bei Breym., Weiß u. A., der Richter dürfe weder vom Maximum, noch vom Minimum, noch vom Medium ausgehen. Soll er denn von gar nichts ausgehen?!

4) Gute Glossen hierüber b. Mittermaier Fortbild. II. 68. 69.

5) s. indessen Henke I. 564. 565. 586. Bauer Abh. I. 196 ff. Marezoll S. 180. Alle freilich sehr unbestimmt. vgl. jetzt auch Arnold N. Arch. 1853. S. 239 ff.

6) Grolman §. 99. Martin §. 57. Wächter I. §. 116. n. 67. Tittmann §. 119. Abegg §. 152. 153. Heffter §. 157.

7) s. dag. thüring. GB. Art. 58. 59, theilweise östr. GB. §. 54. 266. u. bei Zusammentreffen von Jugend u. verminderter Zurechnung das hessische Art. 114. Auch der bad. Entw. hatte bei dem Mild.grund der verminderten Zurechnung die ent-

sämmtliche Gründe für die Strafmilderung steigern sich in unendlicher quantitativer Gradation bis zur Aufhebung der Zurechnung, resp. dem Nullpunkt der Schuld (bei der Noth) oder dem völligen Zeitablauf (bei der Verjährung), und jedes zwischen dem gesetzlichen Minimum und der Straflosigkeit festgesetzte weitere Minimum ist völlig willkührlich [1]). Die Gegengründe: daß solche, bei denen „die Zurechnung vermindert sei", den jugendlichen Verbrechern gleichzustellen seien [2]), daß man sie wenigstens als gefährliche Subjekte betrachten müsse [3]), daß man wohl an der Milde abbrechen dürfe, da man ja auch an der Härte abbreche [4]), daß es unpolitisch sei, bei todeswürdigen Verbrechen auf geringe Freiheitsstrafe erkennen zu lassen [5]), daß die Begnadigung aushelfe [6]) ꝛc., sind ohne Werth. Denn: bei jugendlichen Verbrechern darf ebenfalls kein Minimum gesetzt werden [7]), und der Strafmilderungsgrund wegen der sog. verminderten Zurechnung beruht keineswegs bloß auf unreifer Entwicklung [8]), — Gefährlichkeit ist kein Grund zur Strafe, sondern zu Polizeimaßregeln [9]), — Begnadigung darf nicht eintreten, wo noch die Rechtspflege ihre Schuldigkeit thun kann [10]). — Uebrigens differiren die neuen Gbücher (ausgen. das thüring. und resp. das östr. u. hess.) hinsichtlich der Grenze, bis zu welcher beim Eintritt von Milderungsgründen (außer der Jugend) die Strafe herabgesetzt werden darf, gar sehr. Am engherzigsten verfährt das sächs. GB. [11]); sehr willkührlich das wirtemb. [12]), und mehr oder weniger auch die übrigen [13]). Auch die Jugend ist aber keineswegs gleich-

---

gegengesetzte Ansicht befolgen wollen, wie sie schon das Strafedikt 1803. §. 94 ausgesprochen hatte. Thilo S. 160. Mittermaier Fortbild. I. 68. 273. s. jetzt aber auch den sächs. Entw. Art. 84. 93. 94. vgl. die bair. Vhdl. i. J. 1848 b. Mittermaier N. Arch. 1850. S. 344—347.

1) sehr gut nachgewiesen von Baumeister S. 121—124. Theilweise anerkannt im Erachten f. Mecklenb. 1. S. 19. 43. 47. vgl. Arnold a. a. O.

2) So der bair. Justizminister u. das Ges. 1848, der bad. Komm.ber., braunschw. Mot. Breym. S. 221.

3) Braunschw. Mot. a. a. O.

4) Bad. Komm.ber.

5) es wird der Rath gegeben, in Fällen der Art lieber gänzliche Aufhebung der Zurechnung anzunehmen; so z. B. vom bair. Justizminister. Vhdl. d. Aussch. d. Reichsräthe 1848. I. 247. Also eine pia fraus?

6) Bad. Komm.ber.

7) Der bad. Entw. war eben hier inkonsequent gewesen.

8) Mittermaier N. Arch. 1850. S. 346. n. 37 (wo übrigens das thüring. GB. unbegründeten Tadel erfährt).

9) „diese Reflexion ziemt dem Polizeidiener, nicht dem Gesetzgeber." Baumeister S. 112.

10) Mittermaier Fortbild. I. 300—309. N. Arch. 1852. S. 161—164. Baumeister S. 112. Bauer Abh. I. 205. 206. Berner Theilnahme S. 135—137.

11) Art. 64, sehr auffallend neben Art. 65! s. dag. den neuen Entw. Art. 84. 93. 94. Auch das braunschw. §. 60. 62 beschränkt die Wirkung auf unbegreifliche Weise, wodurch denn freilich der §. 62 ziemlich illusorisch wird.

12) Art. 98. 113. 174. 243. 264. 342 (360). 383. 388. 422. 423. vgl. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 23. 29. 30. 31.

13) Oestr. GB. §. 54. 266. j. Strafproz.O. §. 286. Hess. Art. 114. Bad. §. 154. 155. Bair. Entw. Art. 83. 84 (in Hessen, Braunschw. u. im bair. Entw. wird die verminderte Zurechnung der Jugend gleichgestellt). Die Fälle des preuß. GBs s. bei Beseler S. 33. 34, die des hannövr. b. Leonhardt I. 34. n. 3. S. 36. n. 5.

mäßig berücksichtigt. — Eigenthümlich ist (§. 51. Anm. 1) das preuß. GB., sofern es, wie das französ., keinen absoluten Anfangspunkt für die krim. Verantwortlichkeit festsetzt, sondern den Eintritt der (gemilderten) Strafe bei Personen unter 16 J. überhaupt von der Bejahung der Frage, ob sie mit Unterscheidungskraft gehandelt haben, abhängig macht. Alle übrigen Gbücher grenzen für die Wirkung des Strafmilderungsgrunds eine zweite, resp. dritte Altersstufe (mit verschiedenen Anfangs- und Endpunkten) ab. Dabei enthalten einige die ausdrückliche Bestimmung, daß, wenn der in der zweiten Altersstufe Stehende nicht mit Unterscheidungskraft gehandelt habe [1]), er ganz wie ein Kind zu behandeln, also kriminell gar nicht zu strafen sei [2]). — Bloß Eine Altersstufe berücksichtigen das preuß. GB. (bis zum 16. J.), das wirt. (10—16. J.) [3]), das sächs. (12—18. J.), das braunschw. (14—21. J.), das thüring. (12—18. J.). Dagegen scheidet das bair. zwei Altersstufen (8—12., 12—16. J.) mit besondern Strafsätzen ab [4]). Das hannövr. erklärt zunächst Jugend von 10—16 J. als Mild.grund, wofür bestimmte Strafsätze gegeben sind, sofort aber auch nach dem 16ten J. (bis wann?) ohne alle nähere Bestimmung über die Strafe, wenn das Delikt mehr aus Uebereilung u. dgl., als aus Ueberlegung, Bosheit ꝛc. hervorgegangen sei [5]). Das hess. giebt zunächst für Jugend von 12—16 J. einen ausführlichen Strafherabsetzungstarif, und schließt vom 16—18ten J. Todes- und lebensl. Zuchthausstrafe aus [6]). Ebenso das bad. §. 79. 80 (das indessen nur Todesstrafe ausschließt). Das östr. GB. sieht die Jugend von 10—14 J. als allgemeinen Milderungsgrund an. Vom 14ten J. ab wirkt sie als Milderungsgrund, kann aber in Verbindung mit andern Minderungsgründen, welche der Hoffnung auf Besserung Raum geben, auch als Mild.grund wirken; jedenfalls schließt sie bis zum 20ten Jahr (incl.) Todes- und lebensl. Kerkerstrafe aus [7]). — Die Maßstäbe für die Strafherabsetzung sind nun wieder sehr verschieden. Dabei findet eine eigenthümliche Berücksichtigung des Grundsatzes: malitia supplet aetatem im sächs. GB. statt, sofern betr. Falls der Mild.grund aus-

---

1) vgl. auch L. 14 D. de Scto Silan. (29. 5). §. 18 J. de obl. quae ex del. (IV. 1). — l. 22 D. ad l. Corn. de fals. (48. 10) j. l. 23 D. de furt. (47. 2). l. 7 C. de poen. (9. 47). c. 1 X de del. puer. (5. 23). Böhmer ad Carpz. qu. 143. u. med. ad art. 179 §. 2. Roßhirt Entw. 194—196.

2) Bair. GB. Art. 98. 99 (Entw. Art. 57). Wirt. Art. 96. Bad. §. 79. Hess. Art. 115 (mit „hinlänglicher Untersch.kraft" ?? Breidenbach I. 2. S. 598—605). Luzern. Art. 60. Wadtländ. art. 51. 53. Hamb. Entw. 1849. Art. 51. Erachten f. Meckl. S. 145. Bauer Anm. I. 585 unt. schreibt den Satz auch dem hann. GB. als in Art. 99 impl. enthalten zu (?). Auch hier ist zwischen hinlänglicher und nicht hinlänglicher Untersch.kraft unterschieden, letztern Falls aber nicht Straflosigkeit, sondern körp. Züchtigung, Gefängniß oder Arbeitshaus vorgeschrieben (!). vgl. sächs. Entw. Art. 83. — Bloß kulpose Delikte sollen nach dem bair. GB. Art. 102 bei Leuten unter 16 J. der häusl. Zucht überlassen bleiben.

3) s. jed. Ges. 17. Juni 1853. Art. 2.

4) dag. s. Bauer Anm. I. 584. 585.

5) Leonhardt I. 433. 434. Der Art. 100 ist sehr ungenau! Besser das Erachten f. Mecklenb. S. 146.

6) Art. 116. 117 (vgl. Art. 121. nr. 1). Breidenbach I. 2. S. 616—621. vgl. das angef. wirt. Ges., das jedoch einen höheren Strafsatz substituirt, u. das oldenb. GB. Art. 106. Zürch. GB. §. 81. 82. vgl. Wadtl. Art. 62. nr. 1.

7) §. 46 a. 52. 54 (Strafpr.O. §. 286). 237. 269—273.

geschlossen und nur der Todes- oder lebensl. Zuchthausstrafe zeitliches Zuchthaus substituirt wird [1]). Eigenthümlich steht andrerseits das thüring. GB. da, sofern es kein Minimum absteckt; ebenso das hess. wenigstens für den Fall, wo Jugend mit verminderter Zurechnung zusammentrifft [2]), während das bad. in diesem Falle nur das Minimum tiefer setzt [3]). Mit Recht begnügen sich ferner mehrere der neuen Gesetzgebungen nicht mit der bloßen Strafherabsetzung, sondern gehen in verschiedener Richtung weiter, indem sie α) Ehrenstrafen, resp. ehrenrührige Folgen andrer Strafen bei jugendlichen Uebertretern ausschließen [4]), β) abgesonderte Verwahrung derselben anzuordnen [5]), γ) Sorgfalt für angemessene Arbeit und zweckmäßigen Unterricht vorschreiben [6]), — oder, was freilich das allein Richtige ist, auf eigene Korrektionsanstalten für die jugendlichen Uebertreter Bedacht nehmen [7]).

5) Was endlich diejenigen Gründe betrifft, welche wegen außergewöhnlicher Steigerung der Strafbarkeit eine Schärfung der Strafe (über das Maximum hinaus, resp. Uebergang zu einer höheren Strafart) motiviren, so gehen die neuen Gesetzgebungen von der Anm. 3 ausgef. Ansicht aus, vermöge welcher sie außer dem Rückfalle in der Regel kein richterliches Schärfungsrecht [8]) gestatten, vielmehr sich damit begnügen, jenen Rücksichten durch Festsetzung höherer Stufen bei bestimmten Verbrechen [9]), oder durch Anführung bestimmter Schärfungsgründe

---

1) Art. 62. Nach dem Entw. Art. 86 soll auch in dem betr. Falle die Jugend wenigstens Strafminderungsgrund sein. vgl. Held u. Siebdrat S. 118. v. Hartitzsch S. 124—126. Das braunschw. GB. §. 60 berücksichtigt den Grundsatz: malitia ꝛc. gleichfalls, jedoch in andrer Weise, d. h. es soll nur bei Uebertretern von 18—21 J. solchenfalls der Todes- u. lebensl. Kettenstrafe eine höhere Strafe substituirt werden. vgl. Hann. Art. 100. Thüring. GB. Art. 58, 2 (richtig). Hye S. 612 (Jenull I. 443. 444?).

2) Breidenbach I. 2. S. 622. 623.

3) Ueber das Zus.treffen mehrerer Mild.gründe nach dem braunschw. u. östr. GB. s. o.

4) Bair. GB. bis zum 12. J. Strafger. IV. 439 f. Wirt. Art. 96. Preuß. §. 43, 1. Thüring. Art. 58. Hann. Art. 99 (nicht auch über 16 J. Leonhardt I. 434). Bad. §. 79 (bis zu 16 J.), ebenso nach dem Wortlaut des sächs. GB., falls nicht mal. aetatem supplet (A. M. Weiß S. 264. nr. 12, dag. Held u. Siebdrat S. 118). Oestr. §. 237. 269. 270. Erachten f. Mecklenb. S. 146. — Anders das braunschw. u. hess. GB. (Breidenbach I. 2. S. 583—586. 620. 621). s. dag. den bair. Entw. Art. 80. 85. — Zugleich läßt das bair. GB. Art. 102 bis zum 16. J. wegen kulp. Delikte, das östr. §. 273 bis zum 14. wegen Vergehen u. Uebertretungen nur die häusliche Zucht, der bair. Entw. Art. 81 bis zum 16. wegen kulp. Delikte nur Polizeiarrest eintreten. — Anomal erscheinen dabei freilich die Prügel im bair., hannövr., sächs., östr. GB. und im wirt. Ges. 17. Juni 1853. — vgl. Code pén. art. 68.

5) Bair. GB. Art. 101. Wirt. Art. 96. Oestr. §. 270. Bair. Entw. Art. 82. Breidenbach I. 2. S. 586. Weiß S. 265 f. n. 5. v. Hartitzsch S. 127—129.

6) Bair. GB. Art. 101. Hann. Art. 99. Oestr. §. 272.

7) Preuß. GB. §. 43, 4. Bad. §. 79. Wirt. Rgbl. 1839. S. 373. 1840. S. 544. Sächs. VOen 1839. b. Weiß S. 265—269. Note. Bair. Entw. Art. 82. Code p. art. 67. vgl. Mittermaier im N. Arch. 1841. S. 172 f. 1843. S. 548 f. 1847. S. 276. Erachten f. Mecklenb. S. 146.

8) Nur das östr. GB. enthält sich auch hievon.

9) so beim Diebstahl, Raub, der Körperverletzung, Brandstiftung ꝛc.

bei einzelnen Delikten [1]), resp. durch Gestattung von Schärfungen der Strafe innerhalb des Rahmens [2]) oder der Beifügung von Nebenstrafen (Ehrenstrafen, Stellung unter polizeiliche Aufsicht u. dgl.) [3]) Rechnung zu tragen. Auch kommt es in größerem oder geringerem Umfang vor, daß neben der gewöhnlichen Strafe für den Fall des Eintritts erschwerender Umstände (die nicht näher bezeichnet werden) ein höherer Strafsatz beigefügt wird [4]). — Was nun aber den **Rückfall** betrifft, so sind die noch immer herrschenden exorbitanten Vorstellungen von seiner ganz außerordentlichen Strafbarkeit, welche Manche [5]) als ein Axiom betrachten, gänzlich zu verwerfen. Sie wurzeln in der Präventionstheorie und setzen voraus, daß der Verbrecher wegen eines früheren Verbrechens wirklich Strafe erlitten habe, dadurch aber nicht gehörig abgeschreckt, resp. gebessert worden sei. Die strenge Konsequenz dieser Auffassung führt entweder zu der Ansicht, daß die frühere Strafe überhaupt fruchtlos geblieben sei und deshalb neben der Strafe des neuen Verbrechens ganz, resp. theilweise (falls das neue geringer als das frühere war) wiederholt werden müsse, — oder wenigstens zu der Ansicht, daß die frühere Strafe zu gelind gewesen sei, um die Stärke der sinnlichen Triebfeder zu paralysiren und deshalb das versäumte Quantum von Repression, resp. Besserung jetzt nachgeholt werden müsse [6]). Jedenfalls wird also der Grundsatz: non bis in idem verletzt [7]). Mit Recht haben daher neuere Vertheidiger jener Theorie unter andern Konsequenzen derselben auch diese aufgegeben und behaupten nur noch, daß der Rückfall ein Schärfungsgrund für das neue Verbrechen sei [8]), worin sie mit den Anhängern andrer Theorieen zusammentreffen [9]). Wird nun dieser in der größeren Gefährlichkeit des Verbrechers gesucht [10]), so ist dieser Gesichtspunkt als ein bloß polizeilicher durchaus zurückzuweisen [11]). Indessen glaubt man auch

---

1) s. z. B. wirt. GB. Art. 262. 312, 6.

2) s. z. B. wirt. Ges. 17. Juni 1853. Art. 10.

3) so bes. im preuß. GB. Beseler S. 31. Die Auffassung der Ehrenstrafen als eines z. Theil dem richterlichen Ermessen zur Verfügung gestellten Accessoriums ist nicht zu billigen. vgl. dag. östr. GB. §. 250.

4) so bes. im hannövr. GB. s. Leonhardt I. 34. n. 3, u. im östr. bei Vergehen und Uebertretungen. Irrthümlich stellt Häberlin I. 103 die Erhöhungsgründe des sächs. GBs Art. 61 unter die Schärfungsgründe.

5) z. B. Bauer Abh. II. 101. Scheurlen N. Arch. XI. 649. Hohbach Beitr. 210—216. Literatur s. bei Anm. 2.

6) s. bes. Oersted Grundreg. S. 332—342. Anm. zum bair. GB. I. 263 f. Grolman §. 92. 93. 113.

7) Carnot Comm. I. 162. Gesterding N. Arch. V. 481. 482. Mit Unrecht polemisiren hiegegen Hélie I. 391—393 und Hohbach S. 215. s. Bauer S. 105. 106. Baumeister S. 73. Mit Recht nennt Möller die fragliche Anschauung eine rein mechanische S. 219. 221—223. Aus der Besserungstheorie insbesondre würde keineswegs die Nothwendigkeit einer Strafschärfung, sondern nur die Pflicht folgen, den Verbrecher für die Besserungsversuche empfänglicher zu stimmen. Breidenbach I. 2. S. 423 f.

8) s. bes. Bauer a. a. O.

9) s. z. B. Hélie I. 391—399 und Rossi ib. cit.

10) Wie von Bauer, Rossi und Hélie, jedoch nicht ausschließlich.

11) Es wird hier nicht der in der That geoffenbarte konkrete Wille, sondern die Subjektivität des Thäters überhaupt (welche den strafenden Staat nichts angeht), und auch diese wieder nicht in ihrer Beschaffenheit an sich, sondern nach dem Grade der Furcht, die sie der Gesellschaft für die Zukunft einflößt, zum Maßstab der Strafe ge-

vom rechtlichen Standpunkte aus im Rückfall unter allen Umständen den Beweis einer größeren Intensität des verbrecherischen Willens finden zu dürfen. Das Erleiden der Strafe, sagt man, müsse dem Verbrecher Furcht vor künftiger Strafe einflößen und daher ein bedeutender Abhaltungsgrund von neuen Verbrechen sein; wenn er also gleichwohl ein neues Verbrechen begehe, zeige er, daß er mehr innere Abhaltungsgründe überwunden habe, als ein nicht Rückfälliger, mithin sein verbrecherischer Wille intensiv stärker gewesen sei [1]). Es ist jedoch gerade die behauptete psychologische Wirksamkeit der erlittenen Strafe eine durchaus problematische, da sehr häufig der Rückfall im konkreten Fall gerade das Gegentheil beweist, wie denn überhaupt die Menge der Rückfälle offenbar gerade die Unwirksamkeit der Strafanstalten in ihrer bisherigen Einrichtung darthut [2]). Ohnedies kann das Erleiden der Strafe dem Verbrecher nicht erst die Furcht vor der Strafe einflößen, welche ja schon die Strafandrohung im Gesetze ebenso zu bewirken geeignet ist. Wenn ihm also das eine oder andre kein Abhaltungsgrund ist, so liegt dies wohl nur darin, weil er nicht entdeckt zu werden hoffte [3]). Bleibt man nun bei dieser Begründungsweise stehen, so ist es konsequent, zum Begriff des Rückfalls die Erstehung der Strafe für das frühere Verbrechen (mindestens zum Theil) zu fordern, dagegen denselben nicht auf die Wiederholung des gleichen oder eines gleichartigen Verbrechens zu beschränken [4]). — Eine andre Begründungsweise stützt sich darauf, daß der Rückfall einen zum Hang, zur lasterhaften Gewohnheit gesteigerten Willen beweise und darum strafbarer sei, weil diese Steigerung zum Laster eine Schuld des Willens sei [5]) und „das Verbrechen hier aus einem tieferen Grunde des Bösen aufsteige" [6]). Allein hierin liegt sicht-

---

nommen, — eine Anschauung, die konsequent auf Tödtung oder Unschädlichmachung des Rückfälligen führt. Trefurt N. Arch. 1838. S. 415—423. Möller S. 219. Hélie p. 392. 393 findet dies freilich ganz in der Ordnung!

1) s. z. B. Bauer S. 105, der in Einem Athem beifügt, es könne auch durch das Erleiden der Strafe das Ehrgefühl geschwächt und die Furcht vor der Strafe abgestumpft sein. vgl. Oersted Grundreg. S. 332. 333. Wo bleibt dann der innere Abhaltungsgrund? Man fällt rein auf den polizeilichen Standpunkt und in das psychologisch verkehrte Experiment zurück, durch Furcht vor höheren Strafen denjenigen vom Verbrechen abzuhalten, welcher gerade durch die Wiederholung des Verbrechens beweist, daß diese Furcht ihn nicht abhält.

2) Baumeister S. 65. Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 8 — 10. vgl. Henke I. §. 78 (freilich inkonsequent). Marezoll S. 171. n. 3 (ebenso). Breidenbach S. 426. Schlüter S. 91. n. 54.

3) Möller S. 219. 220. 222—224, wo zugleich richtig das Illusorische der Hoffnung gezeigt ist, durch Erhöhung der Strafe die Abhaltungsgründe zu vermehren, abgestorbenes Ehrgefühl zu ersetzen, stumpfgewordene Empfindlichkeit zu reizen ꝛc.

4) Bauer S. 106—132. vgl. Anm. I. 614—617. II. 277. Oersted a. a. O. Scheurlen N. Arch. XI. 652—654. 656. 657. Hohbach S. 307. (s. jed. 309. 310). Abegg Lb. S. 230 und N. Arch. 1834. S. 432 ff. Tittmann §. 115 (der jedoch auch bei Begnadigung oder Verjährung Rückfall annimmt). Henke I. 538—541. Wächter I. S. 233 (der sich jedoch hinsichtlich der Gleichartigkeit nicht ausspricht). Heffter §. 102. Martin §. 61. 64 (gleichartige Verbrechen). Wenn Mehrere (s. auch Hélie l. c.) theilweise A. M. sind, so liegt der Grund darin, daß sie neben der fraglichen Motivirung noch eine andre annehmen.

5) Henke I. 541. 542 (gegen Kleinschrod I. §. 174) und nach ihm Berner Theilnahme S. 146.

6) Wirth Ethik I. 143. 144 und ganz nach ihm Berner a. a. O. S. 139—

lich eine durchaus verwerfliche Unterschiebung des moralischen Gesichtspunkts, indem nicht auf den in der That geoffenbarten verbrecherischen Willen, sondern auf die allgemeine Lasterhaftigkeit des Subjekts gesehen und ganz willkührlich präsumirt wird, daß dieser tiefere Grund des Bösen auf ideelle Weise in jedem verbrecherischen Einzelakte (Rückfalle) gegenwärtig sei [1]). Indessen liegt in dieser Auffassung wenigstens der Vortheil, daß sie zur Beschränkung [2]) des Begriffs des Rückfalls auf gleichartige [3]), und — konsequent — auf solche gleichartige Verbrechen führt, deren wiederholte Begehung eben auf einen solchen bestimmten lasterhaften Hang schließen läßt [4]). Gleichwohl ist sie verwerflich, wie sie denn auch nur als Transaktion zwischen dem Prinzip der Prävention und dem der Gerechtigkeit entstanden ist [5]). So wie sie im hess. u. bad. GB. fixirt ist, fällt sie geradezu in die Präventionstheorie zurück. „Denn daß schon bei dem ersten oder zweiten Rückfall die Gewohnheit wirklich vorhanden sei, wäre die kühnste aller Präsumtionen; man straft also, damit die Gewohnheit nicht entstehe oder wachse; in jenem wie in diesem Fall holt man einen Rechtfertigungsgrund für die Gegenwart aus der Zukunft her" [6]). Jedenfalls müßte daher der Satz nur so gestellt werden, daß der Rückfall nur dann ein Schärfungsgrund sei, wenn er sich im konkreten Fall als Produkt eines eingewurzelten lasterhaften Hangs darstelle [7]). Allein auch so taugt er nichts. Denn der hier verlangte Beweis kann unmöglich hergestellt werden; die Praxis würde nothwendig in die verworfene Präsumtion zurückgedrängt. Selbst wenn er hergestellt werden könnte, wäre aber stets der strafende Richter zum Sittenrichter gemacht. Dazu kommt, daß, wie die tägliche Erfahrung zeigt, sogar ein und dasselbe Verbrechen unter den verschiedensten Umständen und aus ganz verschiedenen Motiven begangen werden kann [8]), vollends aber die Aufstellung abstrakter Kategorieen von gleichartigen Verbrechen etwas höchst Willkührliches, der Wirklichkeit sehr oft Widersprechendes ist, daher auch

---

141. 486—488. vgl. Rossi III. c. 4. Hélie l. c. vgl. dag. Sander N. Arch. 1836. S. 359 ff. Krug N. Jahrb. (sächs.) VII. 17. 18.

1) Trefurt a. a. O. und bei Thilo S. 193. 194. Baumeister S. 73. Möller S. 221. 222. Breidenbach I. 2. S. 423—428. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 551—553.

2) Andrerseits setzt sie freilich auch nicht wirklich erlittene Strafe voraus!

3) Auf diese beschränken den Rückfall auch manche Präventionisten, wie namentlich Grolman (vgl. Martin); aber auch Oersted, Bauer, Scheurlen, Hohbach ꝛc. wollen jedenfalls bei Wiederholung gleichartiger Verbrechen (eigentlicher Rückfall) strengere Bestrafung.

4) so das hess. und bad. GB. und Berner a. a. O. (der das erstere übersehen und 1847 erst im bad. Entw. entdeckt hat, was in Baden seit 1845 schon Gesetz war). s. auch schon das preuß. LR. §. 53.

5) Bauer S. 118. 119. 124—126. Breidenbach S. 428. Mittermaier a. a. O. Berner freilich hält sie für die allein richtige. vgl. die Komm.-Berichte bei Thilo S. 195. 197.

6) Breidenbach a. a. O. Trefurt bei Thilo S. 193. Möller a. a. O.

7) so Berner S. 140, der daher ganz mit Unrecht die bad. Mot. als übereinstimmend anführt. Temme Glossen S. 131 will, daß gerade dasselbe Verbrechen wiederholt sei. Damit wird die Sache nur noch exorbitanter.

8) s. auch Bauer S. 119. Hohbach S. 309. Mit Recht werfen Oersted, Bauer u. A. der Beschränkung auf gleiche oder gleichartige Verbrechen Inkonsequenz vor, da dem eingewurzelten Hang dadurch jedenfalls ein ganz exorbitantes Uebergewicht gegeben wird.

die nähere Ausführung sehr verschieden und gänzlich unzuverläßig auszufallen pflegt [1]). Eben dies gilt in noch verstärktem Grade von der Aufstellung abstrakter Gruppen von Verbrechen, die aus habituell werdenden Neigungen entspringen [2]). — Sagt man sich nun aber von den hergebrachten Vorurtheilen los, so wird man sich darauf beschränken müssen, in der Wiederholung von Verbrechen nach bereits erlittener Bestrafung einen möglichen Straferhöhungsgrund zu sehen, dann nämlich, wenn die Wiederholung — gleicher oder verschiedener Verbrechen — im konkreten Fall eine gesteigerte Energie des verbrecherischen Willens beweist. Die negative Voraussetzung hiezu ist, daß das neue Verbrechen nicht unter strafmindernden Umständen begangen sei, welche jene Annahme ausschließen [3]); — die positive, daß die Strafanstalten so eingerichtet werden, daß man auf eine intensive Wirksamkeit der Strafe, insbesondere auf einen bessernden Einfluß derselben rechnen darf [4]). Unter diesen Bedingungen, aber auch nur unter diesen, ist es allerdings gestattet anzunehmen, daß die nicht anderweitig einigermaßen entschuldigte Begehung neuer Verbrechen auf einen stärkeren Grad des verbrecherischen Willens bei dem schließen lasse, bei welchem zu allen übrigen Abhaltungsgründen auch das Andenken an die erlittene Strafe und die Vorstellung der wieder bevorstehenden sich gesellen mußte. Es rechtfertigt sich daher nur die Einreihung des Rückfalls unter die übrigen Straferhöhungsgründe, keineswegs aber die ungebührliche Hervorhebung desselben über alle andern [5]), und ebenso wenig seine absolute gesetzliche Fixirung. Daß die aus der Präventionstheorie hervorgegangenen Grundsätze über die exorbitante Bestrafung des Rückfalls, namentlich über die Wiederholung der Vorstrafen die größte Ungerechtigkeit seien, gesteht man neuerdings in der Regel zu [6]); nur bringt man fast ebenso häufig dasselbe Unrecht nur unter einem andern Titel, nämlich dem der Schärfung der neuen Strafe nach Dauer und Art hervor [7]). Freilich wird dafür, daß man dem Rückfall — wenigstens eventuell — diese Wirkung einräumen müsse, der Grund geltend gemacht, daß man außerdem sich genöthigt sehen würde, alle Maxima beträchtlich zu erhöhen [8]). Allein abgesehen davon, daß die Maxima in den neuen

---

1) vgl. z. B. Hélie I. 393—396. Scheurlen a. a. O. S. 650 ff. Hohbach S. 309. 310. Bauer S. 133—138. Wendt de del. recid. p. 42. Gönner Mot. 1822. S. 209 und besonders Breidenbach I. 2. S. 459—472. Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 19 (widerspricht sich).

2) Mittermaier N. Arch. 1839. S. 551—553. Breidenbach S. 464 ff.

3) Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 17. Hélie I. 398 (der aber aus Furcht vor dem richterlichen Ermessen nicht recht traut. s. aber p. 432). vgl. selbst Bauer Anm. I. 626 oben. Breidenbach S. 462. n. 2 (sehr inkonsequent gegen S. 426!) Trefurt bei Thilo S. 202.

4) Breidenbach bleibt die positive Begründung (S. 423—429) schuldig. s. dag. Mittermaier a. a. O. n. 8—13 und die dort Angeff., und besonders Baumeister S. 74.

5) s. besonders Breidenbach S. 427. 428.

6) s. zwar noch Grolman, vgl. dag. Tittmann, Wächter, Heffter, Abegg, Bauer, Scheurlen, Hohbach rc. a. a. O.

7) so die in vor. Note Genannten. s. dagegen Henke, Marezoll a. a. O. Mittermaier N. Arch. 1839. S. 552. 553 (in §. 132 a. z. F. ist er A. M.). Baumeister S. 74. Rossi l. c. Hélie I. 399. Breidenbach S. 428. 429.

8) Duttlinger in den bad. Vhdl. II. K. H. 6. S. 119. Wolffs Komm.ber. bei Thilo S. 197. vgl. Trummer N. Arch. 1853. S. 453 f.

Gbüchern weitaus in der Mehrzahl in Beziehung auf Höhe nichts zu wünschen übrig lassen, ist es eben eine willkührliche Voraussetzung, daß der Rückfall (und eben nur der Rückfall) eine so unverhältnißmäßige Berücksichtigung verlange. — Die Gesetzgebungen des vor. JHs begnügen sich noch damit, die wiederholte Begehung von Verbrechen überhaupt oder des gleichen Verbrechens, ohne besondere Betonung der früher erlittenen Bestrafung, einfach unter den übrigen Schärfungsgründen mit aufzuzählen [1]). Das östr. GB. dagegen sieht im Rückfall, d. h. in der Wiederholung desselben Verbrechens nach erlittener Bestrafung nur einen Erschwerungsgrund [2]). Auch in Frankreich war vor der Revolution der Rückfall nur unter die Schärfungsgründe überhaupt gestellt gewesen [3]). Erst mit dem Code v. 1791 begannen die Experimente der Präventionstheorie: Deportation, Brandmarkung, Verwandlung der contravention in délit, des délit in crime [4]). Der Code v. 1810 führt bei crimes als Regel den Uebergang zur höheren Strafart, selbst zum Tode durch, ohne den Rückfall auf gleichartige Verbrechen zu beschränken. Die Folge war allgemeine Empörung über die Grausamkeit des drakonischen Systems, das auch im Ges. v. April 1832 nur sehr ungenügende Abhilfe fand [5]). Nicht in ganz so krasser Weise wirkte das Abschreckungsprinzip im bair. GB. [6]); der Rückfall wurde auf gleichartige [7]) Verbrechen beschränkt und es sollte nicht unbedingt der Uebergang in die höhere Strafart stattfinden. Gleichwohl sollte wenigstens von zeitlichem Zuchthaus sofort zu unbestimmtem, von letztem zur Kettenstrafe übergegangen werden. Herrschendes Prinzip aber war die Wiederholung der Vorstrafen, — freilich den Anm. gemäß nach dem System der respektiven Identität. Schon die off. Anm. suchten nun freilich auch außerdem der abnormen Härte des Gesetzes vorzubeugen, freilich nicht eben sehr weitgrei-

1) Cod. Max. I. c. 1. §. 35 (beim Diebstahl folgt der C. der P.G.O., ohne Konkurrenz und Rückfall gehörig zu unterscheiden). Theres. Art. 12. §. 5, 1. 2. Preuß. LR. §. 52. 53. Mit Unrecht wird jedoch dieses (s. §. 48) von Bauer Anm. I. 623. n. a. zu großer Milde beschuldigt.

2) Jenull I. 349—354. Ebenso das revid. GB. §. 44. 263. Der eigentliche Rückfall gilt sogar nur als negativer Erschwerungsgrund. Hye S. 463—476. 576. Eine Ausnahme findet jedoch beim Diebstahl statt. — Vergl. auch den russ. Entw. 1818. Art. 90. 92. den hess. 1824. den preuß. Entw. 1830 und die Bhdl. bei Goldtammer I. 462 ob. f. auch bair. Ges. 29. Aug. 1848. Art. 2 und den neusten bair. Entw. Art. 90, die zwischen Verbrechen gleicher und andrer Art mit Recht nicht unterscheiden, und den hamb. 1849. Art. 49, nr. 5 (anders 1848. Art. 59). vgl. übr. Trummer N. Arch. 1853. S. 453 f.

3) Ausnahmen s. bei Hélie I. 387. 388.

4) Hélie p. 388. 389.

5) Carnot Comm. I. 162 sq. Hélie I. 400 sq. Boitard leçons p. 258 sq. Haus obs. sur le projet de rév. I. 182 sq. Rauter traité I. 299 sq. Hoorebeke récidive p. 83 sq. Bonneville récidive p. 29 sq. Morin dictionnaire du droit crim. p. 681 sq. vgl. Chauveau code progr. p. 179. 180. Weder Verjährung, noch Begnadigung oder Rehabilitation schließt den Rückfall aus (nur Amnestie). Bei délits gelten andre Grundsätze. — Noch härter war das GB. der spanischen Cortes. art. 119. Krim. Beitr. I. 289—291.

6) Art. 111—117. j. Anm. I. 263—295 und Novellen bei Gönner und Schmidtlein Jahrb. I. 177—214.

7) Daß es die Anmerk. hiemit sehr leicht und willkührlich genommen hätten, wie Mittermaier §. 132 a. n. 14 behauptet, ist nicht gegründet. Dagegen wurde der Begriff der Gleichartigkeit sehr auffallend erweitert in der oldenb. VO. 3. Juli 1832.

fend, und selbst in soweit auf Kosten der Konsequenz und in einer höchst willführlichen Weise, wovon die nothwendige Folge die größte Verwirrung in der Praxis war [1]) (noch ganz abgesehen von der Lücke, welche das GB. zwischen der realen Konkurrenz und dem auf vollständige Erstehung der früheren Strafe gebauten Begriffe des Rückfalls ließ) [2]). Obgleich nun das O.A.Ger. schon i. J. 1817 die Mängel des Systems nachwies [3]) und alle folgenden Entwürfe [4]) es verließen und das des östr. GBs annahmen, so ließen sich dennoch die neueren Gesetzgebungen dadurch nicht abhalten, bei der exorbitanten Auffassung des Rückfalls zu beharren [5]). Allerdings haben sie die nakte Aufrichtigkeit des Systems der Wiederholung der Vorstrafen verlassen [6]) und den Rückfall nur noch für einen Grund zur Schärfung des jetzt neu begangenen Verbrechens erklärt. Allein bei dem ungebührlichen Gewichte, das sie mehr oder weniger diesem Schärfungsgrunde beilegen, ist damit nur wenig gewonnen und nur unter einem andern Namen derselben falschen Theorie gehuldigt, die man an dem bair. GB. tadelt [7]), — davon nicht zu reden, daß man durch die Ausdehnung des Begriffs der gleichartigen Verbrechen, resp. durch Aufstellung von Kategorieen habituell werdender Verbrechen das bair. GB. wieder gewaltig verschärfte. Uebrigens weichen sie im Einzelnen wieder sehr von einander ab. a) Wenn neuerdings ein verschiedenartiges Verbrechen begangen wird, so nehmen alle [8]) keinen Rückfall, sondern bloß einen Straferhöhungsgrund an. Natürlich erweitern sich diese Fälle im umgekehrten Maße, wie die Zahl der rückfallsfähigen Verbrechen sich verengert [9]). Nur bei Wiederholung desselben Verbrechens nimmt Rückfall an das preuß. GB. [10]) (wie das bair. u. östr.). Die meisten andern bei Wiederholung des nämlichen, überdies aber bei Begehung eines mit dem früher bestraften gleichartigen Verbrechens. Darüber jedoch, welche Verbrechen in Beziehung auf den Rückfall als gleichartig zu betrachten seien, herrscht keine Uebereinstimmung [11]). Das hann. GB. und die

---

1) s. v. Seckendorf in Aretins Jahrb. II. nr. 3. v. Schelhaß im N. Arch. II. 582 f. Bolgiano Beitr. z. Lehre vom Rückfall. 1843. v. d. Pfordten in Zurheins Zeitschr. f. Theorie und Praxis II. 151 f. Wendt de del. recidiv. bes. v. Menz im N. Arch. 1848. S. 420 ff. Auch die Milderungen in der oldenb. VO. 3. Juli 1832 sind höchst unzureichend.

2) Arnold im N. Arch. 1844. S. 198 ff. Uebersehen von Häberlin I. 96.

3) Gönner und Schmidtlein Jahrb. III. 158.

4) Freilich mußte schon der Entw. 1822 dafür von Oersted, Spies, Wellmer u. A. Tadel erfahren.

5) Besonders streng — gleichsam als eine besondre Verbrechensart — behandelt den Rückfall das GB. von St. Gallen Art. 43. 44.

6) Wenigstens im allg. Theile. s. dag. den Diebstahlsrückfall im wirt. GB. Art. 335—337 (aufgehoben Gesetz 13. Aug. 1849. Art. 28).

7) Sehr klar tritt die Selbsttäuschung hervor bei Bauer Anmerk. I. 623 ff. und Abhdl. II. 142 ff.

8) wie auch das bair. Art. 92, 4. Im hannövr. Entwurf stand auch der „uneigentliche" Rückfall als Schärfungsgrund, wurde aber ausgemerzt. s. auch sächs. GB. Art. 61. Anders dagegen das zürch. GB. §. 77.

9) Am meisten daher im hess. und bad. GB. (s. o.).

10) §. 58, wie schon das ALR. s. übrigens §. 219. über die früheren Entwürfe s. Goldtammer I. 460—463. (das östr. GB. spricht von einem gleichen Verbrechen, was Jenull als idem, Hye als gleichartig auslegt).

11) Sächs. GB. Art. 58. 59. Braunschw. §. 58. 59. Wirt. Art. 124. j. 273. 361. (s. jed. 334—337. Ges. 13. Aug. 1849. Art. 28). Thüring. Art. 46. 47.

oldenb. VO. 3. Juli 1832 §. 2 versuchen allgemeine Anhaltspunkte zu geben; Gleichheit der Triebfeder, Gleichartigkeit des verletzten Rechts, resp. der verbrecherischen Thätigkeit, — ohne dadurch die Anwendung eines in sich haltlosen Begriffs sicherer zu machen [1]. Ganz eigenthümlich sind endlich (s. o.) das hess. und bad. GB., sofern sie keineswegs immer bei der Wiederholung desselben Verbrechens Rückfall annehmen, sondern nur eine gewisse Anzahl von Verbrechen als an sich rückfallsfähig, resp. bezüglich des Rückfalls gleichartig hervorheben [2]. — Das bair. GB. beschränkte den Rückfall auf dolose Verbrechen, insofern mit Recht, als es zwischen dolosen und kulposen Delikten keine Identität annahm [3], dagegen mit Unrecht, sofern kulpose mit kulposen Delikten allerdings auch nach der Präventionstheorie im Rückfallsverhältniß stehen [4]. Giebt man dem Rückfall seine richtige Stellung als die eines bloßen Erschwerungsgrundes, so ist die Frage indifferent, da dann überall die Gleichartigkeit nicht zu betonen ist [5]. Nach der in den neuen Gbüchern zu Grunde gelegten Auffassung dagegen ist jene Unterscheidung allerdings zu machen [6], und es könnte sich nur noch fragen, ob beim Rückfall in kulpose Delikte ein dem Gegenstand nach gleiches oder gleichartiges Vergehen zu verlangen sei? Gegen die Beschränkung spricht die Natur der culpa, welche die Richtung des Willens auf ein bestimmtes Ziel gerade ausschließt, für dieselbe die Allgemeinheit, womit die neuen Gbücher zum Begriff des Rückfalls Gleichheit oder Gleichartigkeit des Delikts fordern. Rückfall von kulposen Delikten in kulpose Delikte ist nun auch wirklich anzunehmen nach dem preuß. GB. [7], desgleichen nach dem wirtemb. [8], dem hannövrischen [9]; und wohl auch nach dem sächs., braunschw. und thüringischen [10].

Wadtländ. Art. 68. Uebrigens ist die Auslegung des wirt. GBs großen Schwierigkeiten unterworfen. vgl. Hufnagel I. 270. 271. z. 660. II. 425. Strafgb. m. Anm. 119. nr. 8—12. ebenso die des sächsischen (!?). Familiendiebstahl u. dgl. ist dann oft wieder ausgenommen. s. z. B. wirt. GB. Art. 341. hess. Art. 358. ꝛc.

1) s. die ganz verschiedene Auffassung des hannövr. GBs (Art. 111. 112) bei Bauer Anm. I. 630—633. Schlüter S. 89. n. 48—50. Leonhardt I. 487—496. Breidenbach S. 462 (?). vgl. den sächs. Entw. Art. 79 (Triebfeder).

2) Hess. GB. Art. 94. 95. 97. Breidenbach S. 464—472. Bad. GB. §. 183—185. Ganz übersehen von Häberlin I. 100. In Bez. auf Hannover s. Breidenbach S. 462, dag. aber Leonhardt S. 492. 493.

3) Bauer Anm. I. 633 (A. M. Abh. II. 122—124, aus sehr schwachen Gründen, die auch Leonhardt I. 494 adoptirt).

4) Goldtammer I. 466.

5) s. daher das östr. GB. §. 263 b., der bair. Entw. Art. 90 dagegen schließt das Rückfallsverhältniß zwischen Verbrechen und Vergehen (daher kulp. Delikten) aus.

6) Rückfall zwischen dolosen und kulposen Delikten ist denn auch ausgeschlossen nach dem preuß. GB. (Goldtammer a. a. O. Beseler S. 213), dem sächs. Art. 59 (ungenau sprechen sich aus Schaffrath S. 612, Held und Siebdrat S. 114), dem wirt. (A. M. Hepp s. dagegen Hufnagel III. 171), dem hann. Art. 112, dem braunschw. §. 59, dem hess. Art. 95. nr. 3., dem bad. arg. §. 183, dem thüring. Art. 47, der oldenb. VO. 3. Juli 1832. §. 16 (zum Theil unrichtig ist Breidenbach 359. n. 1). vgl. sächs. Entw. Art. 79.

7) Goldtammer I. 466. Von Beseler und Temme übergangen.

8) s. zwar Hufnagel III. 171, dagegen aber Strafgb. m. Anm. S. 490.

9) Leonhardt I. 486 (daher unrichtig, was Goldtammer n. 1 sagt).

10) Da hier eben das gilt, was bei Hufnagel Strafgb. m. Anm. 490 angef. ist. A. M. Goldtammer a. a. O. s. dag. Breym. S. 220. Bem. z. §. 59.

Dagegen ist er ausdrücklich ausgeschlossen im bair., hess. u. bad. GB. und in der oldenb. VO. — Zwischen Versuch und Vollendung, Urheberschaft und Theilnahme das Rückfallsverhältniß nicht anzuerkennen, liegt auch auf dem Standpunkt der neueren Gbücher kein Grund vor [1]. Nur muß eben unter die Theilnahme nicht Andres mit eingerechnet werden [2], was nicht dahin gehört, wie Begünstigung [3], Mitwissenschaft. Daß dann aber Begünstigung nach bereits bestrafter Begünstigung des gleichen oder gleichartigen Verbrechens einen Rückfall bilde, versteht sich von selbst [4]. Uebrigens liegt es in der Konsequenz, Rückfall auch dann anzunehmen, wenn früher und jetzt bloß Versuch oder bloß Theilnahme, resp. früher Theilnahme und jetzt Versuch vorliegt [5]. — Natürlich ist der Begriff des Rückfalls auf Polizeiübertretungen ebenso anwendbar, wie auf kriminelle [6]. Dagegen schließen die neuen Gbücher mit Recht [7] ausdrücklich oder stillschweigend das Rückfallsverhältniß zwischen beiderlei Arten von Delikten aus, setzen also zum kriminellen Rückfall stets eine frühere kriminelle Bestrafung voraus [8], womit jedoch die dem wiederholten Rückfall in Polizeivergehen beigelegte Wirkung, eine Kriminalstrafe herbeizuführen, wohl vereinbar ist (sowohl bei reinen Polizeivergehen [9], als bei solchen Delikten, die ihrer Natur nach kriminell und nur auf niederster Stufe — freilich irrational — zu Polizeivergehen gestempelt sind [10]). b) Ebenso wenig Uebereinstimmung herrscht hinsichtlich des andern Elements des Rückfallsbegriffs. In der Konsequenz der Präventionstheorie [11] lag

1) Von der Theilnahme läugnet es nach hann. Recht Leonhardt I. 494. f. jed. n. 20. Die Beihilfe fällt weg nach dem braunschw. GB. §. 58, die öffentliche Aufforderung, soweit sie nicht als wahre Anstiftung erscheint, nach dem preuß. f. Goldtammer I. 470.

2) A. M. Bauer Abh. II. 126.

3) Unrichtig in Baiern. Anm. I. 266. 267, und Oldenb. VO. 3. Juli 1832. §. 3. f. dag. die übrigen Gbücher. vgl. Held und Siebdrat S. 332. Daß dagegen dem Versuch nicht auch die ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlungen gleichgestellt sind (wie dies allerdings in Preußen und Wirtemberg anzunehmen ist, Goldtammer I. 469. 470, Hufnagel I. 272, A. M. Hepp, ebensowohl auch in Hessen — f. übr. Breidenbach I. 2. S. 474. 475. —, in Baden, Braunschweig, Thüringen, da Versuch überall ein term. techn. ist), hat keinen befriedigenden innern Grund für sich. In Sachsen fällt diese Frage nach Art. 29 weg. In Hannover ist über Versuch und Theilnahme überhaupt nichts bestimmt. (Unklar ist Bauer Abh. II. 127).

4) f. noch bes. braunschw. GB. §. 58. Breym. S. 219. Bem. 1.

5) Breidenbach I. 2. S. 475. 476. Hufnagel I. 272 (vgl. noch I. 650. II. 532). Goldtammer I. 470.

6) f. z. B. preuß. GB. §. 336. östr. §. 263. b. wirt. Pol.strafgb. Art. 103. 104.

7) A. M. Bauer Abh. II. 113. 130.

8) f. z. B. bair. GB. Art. 111 f. wirt. Art. 124. preuß. §. 58. braunschweig. Mot. b. Breym. S. 217. 218. Breidenbach I. 2. S. 493. Anders dagegen die oldenb. VO. 3. Juli 1832. §. 3.

9) Wie Landstreicherei, Bettelei, hess. GB. Art. 245. 247. Anders das preuß. GB. §. 336.

10) Wie der Diebstahl, f. z. B. wirt. GB. Art. 338. hannövr. Art. 284. braunschw. §. 216. Auffallend ist indeß, daß in Braunschweig auch nach erlittener Krim.strafe die Wiederholung im geringsten Grade nur Polizeistrafe nach sich ziehen soll. Mot. bei Breym. S. 217. 218.

11) Abegg N. Arch. 1834. S. 432 ff. weiß es auch mit dem Prinzip der Gerechtigkeit zu vereinigen. f. dagegen Breidenbach S. 455. n. 10. vgl. besonders Bauer Abh. II. 107—112.

es, vollständiges Erstandensein der früheren Strafe zu verlangen, wie dies auch das bair. GB. Art. 111 forbert [1]), wogegen auffallender Weise der code pén. die Verurtheilung, und zwar selbst eine Verurtheilung, die der Thäter gar nicht erfuhr (wenn sie unwiderruflich wird), genügen läßt [2]). Indessen ist das franz. Recht weiterhin konsequent, indem es auch bei Begnadigung und Verjährung (der Strafe) Rückfall annimmt, während das bair. GB. die entgegengesetzte Folgerung ziehen mußte. Allein schon die offiz. Anmerk. brachen hier wieder die Konsequenz [3]), indem sie zum Mindesten schon eine theilweise Erstehung der Strafe genügen ließen, ja sogar bei gänzlicher Begnadigung gleichwohl Rückfall annahmen [4]). Indessen hielt sich die Praxis an das Gesetz und sah die Wiederholung, wenn die frühere Strafe gar nicht oder nur zum Theil erstanden war, nicht als Rückfall an [5]). Von den neueren Gbüchern lassen diejenigen, welche zum Rückfall Verbüßung der vorigen Strafe fordern, (ganz inkonsequent) auch die theilweise Verbüßung genügen [6]). Bei theilweiser Begnadigung nehmen sie Rückfall an, nicht aber bei gänzlicher. Konsequenter Weise sollten diejenigen darunter, welche eine Strafverjährung kennen, auch durch diese den Rückfall nicht ausschließen lassen; s. jedoch §. 131. n. 5 [7]). Das östr. GB. fordert gänzliche Verbüßung der ersten Strafe, und nimmt, wenn das frühere Delikt auf andre Weise getilgt wurde, gar keinen Erschwerungsgrund an [8]). Dagegen lassen die übrigen neuen Gbücher rechtskräftige Verurtheilung hinreichen, um einen Rückfall zu begründen [9]). Dabei setzen das wirt. u. bad. GB. voraus, daß das Urtheil verkündet und rechtskräftig geworden sei [10]), wogegen nach preuß. Recht in gewissen Fällen die gesetzliche Präsumtion der Verkündung genügt [11]). Die Konsequenz dieser Auffassung ist, daß Begnadigung und Strafverjährung den Rückfall

---

1) Art. 114 bildet keine wahre Ausnahme, wie Breidenbach eb. n. 11 meint. s. auch preuß. LR. §. 1159—1162. VO. 26. Febr. 1799. §. 11—13.

2) A. M. Abegg a. a. O. S. 440. s. dagegen Hélie I. 409 sq. (der freilich sehr inkonsequent argumentirt). Sirey jurisprud. v. récidive nr. 43. v. prescription nr. 137. 147.

3) A. M. Bauer a. a. O. Abegg S. 442 ff. Die frühere Praxis war freilich an vielen Orten dafür, daß eine theilweise Strafverbüßung genüge; so z. B. in Wirtemb. vgl. v. Bothmer in Hitzigs Annal. H. 19. S. 17. 45.

4) A. M. Abegg S. 440. 441. s. aber die Anm. I. 265. v. Schelhaß N. Arch. II. 583. n. 7. Freilich widersprechen die Anm. nicht nur dem Gesetz, sondern auch sich selbst. vgl. noch Blätter für Rechtsanwend. VII. 168 ff. Plochmann Begnad.recht S. 79. n. 13.

5) Arnold N. Arch. 1844. S. 198—200. 208. 209.

6) sächs. GB. Art. 58. hann. Art. 111. braunschw. §. 58. thüring. Art. 46. hess. Art. 95 (Breidenbach I. 2. S. 454—457).

7) Anders natürlich in Hannover, wo die Strafverjährung nicht gilt. Unbegreiflich ist aber, wie Leonhardt I. 485 ein verjährtes Verbrechen, das also gar nicht konstatirt ist, als Erschwerungsgrund prädiziren mag, ebenso Schlüter S. 72. n. 39. s. übrigens Leonhardt selbst S. 398 n. 2!

8) Hye S. 465—467.

9) wirt. GB. Art. 124. bad. §. 184. preuß. §. 58. bair. Entw. Art. 90. s. übrigens Goldammer I. 468 oben. Verkehrt ist das Urtheil bei Mittermaier §. 132 a. z. F. n. 16 (nach Hepp).

10) Hufnagel III. 159—169.

11) Goldammer I. 464. 469.

nicht ausschließt; ersteres wird nun zwar zugegeben [1]), letzteres aber nicht [2]), sofern die Strafverjährungsfrist selbst, resp. wenigstens der Ablauf einer gewissen Frist seit Verbüßung (oder Erlassung) der Strafe den Rückfall ausschließt. — Eine weitere Verschiedenheit findet insofern statt, als einige Gbücher nur dann Rückfall annehmen, wenn das frühere Erkenntniß von einem inländischen Gerichte gefällt war [3]), andre auch dann, wenn es von einem ausländischen ergieng [4]). Ein Recht, das frühere Erkenntniß zu prüfen, ist dem Richter nur in Baden (§. 186) eingeräumt [5]). — c) In der rechtlichen Behandlung des Rückfalls [6]) ist nun allerdings die neuere Gesetzgebung allgemein von dem Systeme des bairischen abgegangen. Allein es wird ihm immer noch [7]) mehr oder weniger ein viel zu hohes Gewicht als Schärfungsgrund eingeräumt. So besonders in der oldenb. VO. 3. Juli 1832, wornach schon beim ersten Rückfall die Strafe verdoppelt, resp. um den Betrag der Vorstrafe erhöht, überhaupt aber wegen Rückfalls in die nächst höhere Strafart (selbst bis zu ihrem Maximum) übergegangen werden darf [8]). Auch das wirt. u. hannövr. GB. gestatten nöthigenfalls den Uebergang in die nächst höhere Strafart, selbst bis zu lebensl. Freiheitsstrafe [9]), wogegen zur Todesstrafe nicht übergegangen werden soll. Keine Ausnahme von dieser Beschränkung macht das wirt. GB. [10]), auch darf nach diesem wegen Rückfalls nicht von nichtentehrender zu entehrender Strafart übergegangen werden [11]). Dagegen läßt das sächs. GB. eine Erhöhung der neuen

---

1) Hufnagel I. 274. Goldtammer I. 468. Temme Glossen S. 132.

2) s. oben §. 131. Anm. 5. Eine praktische Frage ist hiebei, wann die Frist zu laufen beginne, wenn die Strafe eine wegen Konkurrenz verhängte Gesammtstrafe ist? vgl. überhaupt Hufnagel I. 272—274. 636. Note. 651—657. II. 532—536. III. 139. 647. Strafgb. m. Anm. S. 120. not. 8. S. 499. Held und Siebdrat S. 113 (?).

3) wirt. GB. Art. 124. s. jed. S. 3. preuß. §. 58. vgl. Hélie I. 430. Goldtammer I. 465. 468. IX. Hufnagel I. 650. II. 532. vgl. jedoch den Strafgb. m. Anm. S. 118. not. 2 angef. Fall.

4) Originell ist das hess. GB. Art. 96 (!) Ueber Sachsen s. v. Hartitzsch S. 116. Held und Siebdrat S. 113.

5) vgl. übr. braunschw. GB. §. 58 (?). Breym. S. 217. 219. Bem. 2. Breidenbach I. 2. S. 451—454. A. M. Mittermaier §. 132 a. n. 22. s. übrigens auch Krug Stud. I. 112. Schüler Beitr. S. 44. v. Hartitzsch S. 116. Schaffrath S. 611 und dag. Weiß S. 253.

6) Die Darstellung b. Mittermaier n. 14 ist nicht genau, u. die Urtheile zum Theil schief.

7) Ausgenommen das östr. GB. u. den bair. Entw.

8) Namentlich sind auch die Beschränkungen der Begnadigung (Strafgb. Art. 16) im §. 15 beibehalten. Den wunderlichsten Kontrast bildet der §. 16.

9) Unter erschwerenden Umständen (Hannover); unter viel strengeren Bedingungen Wirtemb.

10) Wohl aber das hannövrische. s. Art. 183. X. 234.

11) Hiernach ist es ungerecht, wenn Breidenbach, Mittermaier ꝛc. das wirt. GB. einer besonderen Strenge beschuldigen. s. dag. Leonhardt I. 500. 501. 504 oben. Die verwerflichen besonderen Bestimmungen über den Diebstahlsrückfall fielen i. J. 1849 ohnedies weg. vgl. auch Bauer Abh. II. 155 ff., der sich von dieser Auffassungsweise nicht losmachen konnte, wie denn auch Mittermaier trotz des Tadels, den er spendet, im §. 132 a. sich auf denselben Standpunkt stellt. Das zürch. GB. §. 77 läßt Erhöhung der Strafe auf's Doppelte mit Uebergang in die höhere Strafart (ausgen. die Todesstrafe) zu. vgl. jed. §. 79.

Strafe über das doppelte Strafmaß, und bei Zuchthaus und Arbeitshaus über 20, resp. 10 J. nicht zu, gestattet auch nicht den Uebergang zur höheren Strafart, außer von Gefängniß zu Arbeitshaus, auch hier jedoch nur dann, wenn das Verbrechen im höheren Grade mit Arbeitshaus bedroht ist. Nach erfolgter Verdopplung kann bei mehrfachem Rückfall auf die gesetzlichen Strafschärfungen erkannt werden [1]). Ebenso das thüringische. Nach dem bad. GB. §. 187—189 kann die neue Strafe beim ersten Rückfall um die Hälfte, bei jedem ferneren je um 1/4 erhöht werden, nöthigenfalls unter Ueberschreitung der ordentlichen höchsten Dauer der Strafart (aber ohne Uebergang in die höhere); nie darf jedoch der Zusatz die Größe der Vorstrafe, und bei ferneren Rückfällen die der Vorstrafen zusammengenommen übersteigen [2]) (?). Auch das braunschw. GB. läßt den Uebergang in die höhere Strafart nicht zu, gestattet dagegen, bis auf die längste außerordentliche Dauer der Strafart zu erkennen [3]). Das preuß. verbietet jenen Uebergang gleichfalls und läßt deshalb Erhöhung der Gef.strafe bis auf 5 Jahre zu [4]). Es gestattet aber nie Erhöhung der neuen Strafe über die Hälfte des Maximums [5]) und bei zeitlichen Freiheitsstrafen keinesfalls über 20 J.; — bei Uebertretungen nicht einmal über das Maximum hinaus (§. 336). Noch mehr zeichnet sich durch Milde das hess. GB. aus [6]), welches nur vom zweiten Rückfall an das Maximum der gesetzlich vorgeschriebenen Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe um höchstens 1/4 erhöhen läßt, und auch dies nur im Betrag eines Jahrs und ohne Ueberschreitung der längsten ordentlichen Dauer der Strafart. Der zugelassene Uebergang von Gefängniß zu Korrektionshaus vom zweiten, resp. dritten Rückfall an ist nur ein Nothbehelf wegen des geringen Maximums der Gefängnißstrafe [7]). d) Mehrere der neuen Gesetzgebungen führen insbesondere noch die bei Ausmessung der Rückfallsstrafe zu beobachtenden eigenthümlichen Rücksichten auf [8]). Gerechtfertigt erscheinen: die Zahl und Größe der vorangegangenen Strafen, der längere oder kürzere Zwischenraum zwischen der letzten und der neuen Uebertretung, der größere oder geringere Umfang, in welchem die Vorstrafen wirklich zum

---

1) Weiß S. 248—255. Groß I. 124. 125. Krug Stud. I. 110—123. Schaffrath S. 610. Held u. Siebdrat S. 113. 114. s. jed. Forststrafges. 1838. §. 8. Ohne Grund halten sich einige Gerichte an die vom GB. keineswegs vorgeschriebenen monatlichen Fristen, was der Entw. Art. 78 mit Recht in Wegfall bringt. Auch im sächs. GB. kommen im bes. Theil eigene Bestimmungen vor, doch nicht so stark exzeptionelle, wie im wirt. s. 165. 298. 299. 306 u. bes. 240 (vgl. N. Jahrb. II. 100 f. 359. 360).

2) Thilo S. 201—205.

3) s. dag. Breidenbach I. 2. S. 485—487. Dem Prinzip des Gbs widersprechend ist der S. 3 des §. 58 (Breym. S. 218. 219. Bem. 7). Bauer Abh. II. 155. not. a.

4) Besondere Bestimmungen s. in §. 118. 219. 240. 267 (202).

5) s. jed. das Preßges. 12. Mai 1851. §. 40. 42. 43. 45. 46. 54. Das wadtl. GB. Art. 69 läßt Erhöhung auf's Dreifache zu, setzt jedoch gleichfalls absolute Grenzen (vgl. Art. 311).

6) Art. 99—101. Besondere Bestimmungen s. in Art. 245. 247. 250. 348. 350. 373. 374. 396. 432.

7) Breidenbach I. 2. S. 487—489.

8) Wirt. Art. 127. Hann. Art. 113. 114 (Leonhardt I. 502—504). Hess. Art. 99. Bad. §. 151. nr. 4. Thüring. Art. 46. Zürch. §. 78. vgl. Weiß S. 251. nr. 9. Bauer Abh. II. 152—155.

Vollzug gekommen sind, dagegen nicht der immoralische Lebenswandel überhaupt, die Stärke des besondern lasterhaften Hangs u. dgl. [1]).

Drittes Kapitel.

Die Begnadigung.

§. 143.

Die im Bisherigen aufgewiesene Endlichkeit der gesetzgebenden und der richterlichen Gewalt setzt die Nothwendigkeit einer dritten, sie zur Einheit vermittelnden Gewalt, deren Bestimmung es ist, eben in den Fällen, wo jene Endlichkeit unvermeidlich hervortritt, in's Mittel zu treten und die der Eigenthümlichkeit des Falls unangemessene Strafe des Gesetzes aufzuheben, resp. aus Gründen, welche über die Sphäre des richterlichen Strafänderungsrechts hinausliegen, zu mildern. Dieser Akt, die Begnadigung, zeigt sich wirklich als die wahre Vermittlung der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt, sofern sie einerseits in der Entscheidung eines einzelnen Falls eine vollziehende, andrerseits in der Aufhebung oder Aenderung des Gesetzes eine gesetzgebende Thätigkeit ist. Das Recht dazu kann eben deshalb nur derjenigen Staatsgewalt zustehen, deren spezifische Natur es ist, die vermittelnde Einheit der besondern Staatsgewalten darzustellen, d. h. der im Staatsoberhaupt repräsentirten Centralgewalt [2]).

§. 144.

Die Begnadigung drückt daher schon in ihrer reinrechtlichen Funktion nur die das Gesetz in seiner Wahrheit verklärende Idee

---

1) So Bauer a. a. O., vgl. hannövr., hess., bad. GB.

2) Literatur b. Pütter Liter. d. Staatsrechts III. §. 1284. u. Klüber Forts. S. 411 ff. Kant Metaph. Anf.gründe d. Rechtslehre 1797. S. 206. Bergk Uebers. v. Beccaria I. 208 ff. Obmeyer von d. Begnad.recht d. Reg. 1799. Salchow üb. d. Begnad.recht d. Reg. 1802. (Bayl) Alt. Arch. VI. 3. S. 87 f. Klein eb. VI. 4. S. 1 f. Oersted Grundreg. S. 453 f. Bayl Beitr. z. Krim.R. I. 122 f. Vollgraff verm. Abh. II. nr. 4. Staiger vermischte Aufsätze nr. 5. G. L. Böhmer Auserl. Rechtsfälle II. 2. nr. 142. Buma de j. gratiae 1823. Dompière examen du droit de grace 1828. Decandolle sur le droit de grace 1829. Trummer in d. krim. Beitr. III. 2. S. 207. Spangenberg im N. Arch. XIII. 355 f. u. in Hagemann's prakt. Erört. IX. 429 f. X. 137 f. Roßhirt Entw. §. 70 f. Mittermaier Fortbildung I. 300 f. u. Vier Abhandl. S. 7 ff. Zirkler in Weiske's Rechtsler. I. 791 ff. Welcker im Staatsler. II. 329 f. Plochmann das Begnad.recht. 1845. Wirth Ethik II. 181—183. 319. Suringar quatenus delinquenti lic. gratiam recusare. 1845. Kirsten Abh. aus d. Gebiete d. Strafr. 1846. S. 68 ff.

der Gerechtigkeit selbst aus. Sie soll das Gesetz in allen denjenigen Fällen ergänzen, in welchen seine Strenge dem Zwecke der Gerechtigkeit widersprechen würde. Ist nun aber der Zweck der Gerechtigkeit überhaupt der, das Besondere in seinem richtigen Verhältniß zum Ganzen festzuhalten und, wenn es sich daraus losgerissen hat, wieder darein zu setzen, so ergeben sich hieraus drei mögliche Fälle der Begnadigung: a) Es kann der Fall eintreten, daß die Vollstreckung der an sich gerechten Strafe dem höheren Zwecke der organischen Erhaltung des Ganzen widerspräche, — dann nämlich, wenn eine negative Krisis sich der großen Masse bemächtigt hat, deren unnachsichtliche Bestrafung den Staat, anstatt ihn aus der Krisis herzustellen, in neue Gefahr bringen würde; b) Es kann der Fall sein, daß die konkrete Gestaltung des Verbrechens (z. B. bei Räuberbanden) dem Staate schon die Aufsuchung und Ergreifung der Schuldigen so erschwert, daß es rathsam erscheint, einen großen Zeit-, Arbeits- und vielleicht Menschenverlust zu sparen, und den Zweck der Unterwerfung durch eine in Aussicht gestellte Begnadigung zu verfolgen, welche bewirkt, daß die Schuldigen einander verrathen; c) Abgesehen von solchen Fällen der Kollision des strengen Rechts mit dem Wohle des Ganzen kann die Individualität einer Gesetzesübertretung so geartet sein, daß wegen außerordentlicher Umstände ein vom Gesetz nicht verhergesehener Milderungsgrund eintritt, vermöge dessen die Schuld gegenüber dem vom Gesetz vorausgesetzten Durchschnittsmaß so herabsinkt, daß die Strafe noch in ihrem niedrigsten gesetzlichen Grade, resp. alle Strafe als ungerecht erscheinen müßte. Das richtige Verhältniß zwischen den Staatsgewalten verlangt jedoch, daß eben nur die außerordentlichen Fälle, d. h. diejenigen der Begnadigung vorbehalten werden, welche bei der Festsetzung des gesetzlichen Strafminimums nicht beachtet werden dürfen, um das Gesetz nicht unbestimmt zu machen, und welche auch nicht durch das gesetzliche Strafmilderungsrecht vorgesehen werden können, sofern sich dieses auf bestimmt fixirbare, konstant sich wiederholende Verhältnisse beschränken muß. Andrerseits widerspricht jenem Verhältnisse eine gänzliche oder theilweise Delegation des Begnadigungsrechts an die richterliche Gewalt.

§. 145.

Der Begriff der Begnadigung erschöpft sich jedoch nicht auf dem reinrechtlichen Standpunkte. Wäre sie nur das Mittel, für außerordentliche Fälle die von der Gesetzgebung vermöge ihrer Endlichkeit nicht erzielbare vollkommen angemessene Vergeltung herbeizuführen, so müßte ihr auch ein Recht des Staatsoberhaupts, in solchen Fällen

die der gesteigerten Strafbarkeit nicht gemäße gesetzliche Strafe zu schärfen, entsprechen. In der That wäre aber so die Gnade nichts Spezifisches, sondern stünde mit der Gesetzgebung und Rechtspflege auf gleichem Boden, von denen sie sich nur quantitativ unterschiede. Soll sie aber deren wahre höhere Einheit sein, so muß sich in ihr zugleich ein höherer, über den der abstraktrechtlichen Vergeltung hinausgreifender sittlicher Standpunkt, der absolut sittliche, geltend machen. Diesem entspricht es, bei der Beurtheilung einer Gesetzesübertretung nicht bei dem objektivsittlichen (rechtlichen) Maßstab der Schuld stehen zu bleiben, sondern mit der bestimmten Handlung zugleich die gesammte Subjektivität zu würdigen und die unendlichen Modifikationen des Sittlichen, welche durch Rechtsnormen ihrem Wesen nach nie erschöpft werden können, noch dürfen, zu ihrem Recht kommen zu lassen. Von diesem höheren sittlichen Standpunkte aus hat nun die Gnade von vornherein gar nicht mehr die Bedeutung einer bloßen Herstellung der vollkommen adäquaten rechtlichen Vergeltung; es fällt daher der ganze Grund für ein analoges Schärfungsrecht hinweg, in welchem ein schlechthin unzuläßiger Eingriff der Centralgewalt in das Gebiet der gesetzgebenden läge. Die höhere Gerechtigkeit aber, welcher die Gnade zum Organ dient, kann sich eben nicht mit dem Strafen, welches reine Rechtssache ist, befassen, sondern nur die Ausgleichung der Kollision des strengen Rechts mit dem Prinzip der Humanität, daher nur Milderung oder Nachlaß der Strafe zur Aufgabe haben.

§. 146.

Eben um dieser höheren Aufgabe willen empfindet der objektive Gang des Staatslebens die Nöthigung, sich aus sich selbst heraus und in das Medium der subjektiven Sittlichkeit zurückzubewegen, damit die in den objektiven Formen nicht zu realisirende höhere Gerechtigkeit aus dem Gewissen des höchsten Willens hervorgehe. In dieser höchsten Macht des Staatsoberhaupts liegt auch ihre ungeheure Verantwortlichkeit, die an kein Gesetz gebunden sein kann, da ja eben in dem Gewissen des Regenten die Endlichkeit des Gesetzes ihre höhere Ergänzung finden soll.

§. 147.

Die Begnadigung kann eben deshalb auch an keine Zeit gebunden sein. In den Fällen a. u. b. §. 144 namentlich wird sie in der Regel schon vor der Untersuchung, resp. dem Urtheil eintreten müssen (Abolition, Amnestie). Je mehr aber freilich in der Form der Abolition die Begnadigung dem Mißbrauch ausgesetzt ist, um so mehr rechtfer-

tigt es sich, sie in dieser Gestalt mit besonders schützenden Formen zu umgeben, und im Falle c) sie nur nach erfolgtem Urtheil, resp. während des Strafvollzugs oder nach Beendigung desselben eintreten zu lassen (Begnadigung im e. S., Restitution).

§. 148.

Die Begnadigung im e. S. ist bei allen Verbrechen möglich, weil der Grund, der sie hervorruft, bei keinem ausgeschlossen ist; und sie kann sich auf alle strafrechtlichen Folgen des Verbrechens erstrecken, weil nach innerer Aufhebung des letzteren (welche eben bei der Begnadigung vorausgesetzt wird) die Fortdauer der äußeren Strafe als wesen- und zwecklos erscheint. Eine Beschränkung des Begnadigungsrechts rechtfertigt sich — aus Gründen, die im Organismus der Strafverfassung liegen, — nur in Beziehung auf Dienstverbrechen der Staatsdiener oder Verfassungsverletzungen. Endlich folgt aus dem Wesen der Begnadigung als eines Akts lauterer Gerechtigkeit, daß ihre Ausführung nicht von der Einwilligung des Angeschuldigten abhängig sei. N. Rev. §. 215. 218—221.

1) Das römische Recht kannte zur Zeit der Republik [1]) die Abolition nur in der Form der Amnestie vor Eröffnung des Prozesses (Intercession bewirkte nur Aufschub), die Begnadigung im e. S. nur in der Form der vom Volk in Gesetzform erlassenen, alle Rechte wiederherstellenden restitutio damnatorum (die sich nur auf die Strafe des Exils bezog). Was die Kaiserzeit betrifft, so war es eine große Verwirrung, wenn man früher das prozessualische Institut der abolitio mit der Begnadigung vermengte und verwechselte [2]). Indessen konnte auch infolge einer abolitio publica oder ex lege allerdings eine Abolition im modernen Sinne dann hervorgehen, wenn nach abgelaufener Frist die Anklage nicht binnen 30 Tagen erneuert wurde [3]). Die eigentliche Begnadigung aber, die nur vom Kaiser ausgehen konnte [4]), kam sowohl als Abolition (indulgentia, venia, intercessio) [5]), resp. Amnestie, Niederschlagung aller Untersuchungen (indulgentia generalis) [6]),

---

1) Rein S. 264—268. Geib Gesch. d. röm. Krim.proz. S. 151. 152. 385. 386. Plochmann S. 16—18.

2) s. dag. Hermann de abolitione crim. 1834 (vgl. übr. Brissonius de V. S. v. abolitio. Matthaeus 48, 19. c. 6. Püttmann adversar. I. c. 15. Engau de abolit. Seger de abol. vet. et hod. u. A.), und nach ihm Geib S. 572 f. 585 f. Rein S. 273--276. Plochmann S. 12—16.

3) L. 3 §. 4 D. de accus. (48. 2). l. 10 §. 2. l. 15 §. 6 D. ad Sct. Turp. (48. 16). l. 1. 2 C. de gen. abol. (9. 43). Dies übersieht Marezoll S. 212. n. 3.

4) l. 1 §. 27 D. de quaest. (48. 18). l. 4. 9 §. 11. l. 27 pr. l. 31 pr. D. de poen. (48. 19).

5) L. 14 §. 2 D. de cust. reor. (48. 3). l. 9 C. ad l. Corn. de fals. (9. 22). l. 7 C. de prec. imp. offer. (1. 19).

6) L. 1. 2. 12 C. Th. de indulg. crim. (9. 38); die Prozesse wegen schwererer Verbrechen wurden nach und nach ausgenommen, wie auch bei der abol. publ. l. 3—8 C. Th. eod.

wie als Begnadigung im e. S. vor [1]), und letztere wieder theils vor dem Strafvollzug [2]), theils während desselben oder nach demselben (als in integr. restit.) [3]), als Begnadigung Einzelner, wie als allgemeine oder auf gewisse Verbrechen beschränkte Amnestie [4]). Die Wirkung der Begnadigung im e. S. galt, sofern sie einen Einzelnen betraf (indulg. specialis, restitutio), in der Regel als eine vollständige, d. h. sie stellte alle politischen und bürgerlichen Rechte wieder her, namentlich auch Familien- [5]), Patronatsrechte, testamentifactio, Fähigkeit zu Ehrenstellen ꝛc. [6]). Nur wenn zugleich restitutio in bona stattfinden sollte, mußte dies besonders ausgesprochen sein [7]). Indessen gab es gewisse Verbrechen, bei welchen die Restitution überhaupt [8]), andre, bei welchen mindestens die restitutio famae ausgeschlossen sein sollte [9]). Letzteres fand überhaupt in der Regel bei einer indulg. generalis statt [10]). — Im germanischen Rechte finden sich wohl einzelne Spuren der Begnadigung [11]), jedoch selten, da sie mit dem Kompositionssystem unvereinbar war und eine Entwicklung der königlichen Gewalt voraussetzte, wie sie nicht bei allen Stämmen eintrat. Auch im MA. wird sie selten erwähnt, was sich aus der eigenthümlichen Gestaltung des Gerichtswesens in der Feudalverfassung, wodurch es immer mehr dem unmittelbaren Einfluß der königlichen Gewalt entrückt wurde, aus dem Rückfall des Strafrechts in Fehde und Kompositionsrecht und andern Gründen erklärt, welche eine geregelte Entwicklung jenes Rechts verhinderten [12]) und derselben andre, sehr mangelhafte

---

1) vgl. übr. das Sctm unter Tiber (Tac. Ann. III. 51. Sueton. Tib. 75) mit l. 5 C. de cust. reor. (9. 4). l. 18 C. de poen. (9. 47).

2) L. 1 §. 27 D. de quaestion. (48. 18). l. 3. 4 C. de his qui sibi (9. 23).

3) l. 1 C. de sent. pass. (9. 51). — Matthaeus l. c. Rein S. 268—273. Geib S. 570. 571. 672—675. Marezoll bürg. Ehre S. 78 f. 261 f.

4) L. 10 C. Th. de indulg. (9. 38). l. 7 C. de sent. pass. (9. 51). Sozomen. I. 8. Die Behauptung von Gans Erbrecht III. 11—14, welche Geib eine leere Künstelei nennt, hat jedenfalls damit Recht, daß die restit. damnat. unter der Republik nicht unter den Begriff der Gnade in seinem wahren Sinne fällt, welchem aber freilich auch die Begnadigungen Seitens der Kaiser, der christlichen wie der heidnischen, zum öftesten nicht entsprachen. s. übr. auch Plochmann S. 44. 45. 65.

5) s. zwar l. 6. 9 C. de sent. pass. (9. 51), dag. aber l. 13 eod. §. 1 J. quib. mod. j. patr. pot. (I. 12).

6) L. 1. 4 D. de sent. pass. (48. 23). l. 6 §. 12 D. de injusto test. (28. 3). l. 3 §. 7 D. de bon. libert. (38. 2). l. 21 pr. D. de jure patron. (37. 14). l. 11 D. de alim. leg. (34. 1). l. 3 §. 2 D. de muner. et honor. (50. 4). l. 1. 11—13 C. de sent. pass. (9. 51). l. 24 D. ad l. Jul. de adult. (48. 5).

7) L. 2. 3 D. de sent. pass. (48. 23). l. 2. 3 C. eod. (9. 51). l. 4 C. de bon. proscr. (9. 49).

8) L. 14 §. 3 C. de sacrosanct. eccl. (1. 2). l. 14 C. de episc. (1. 3). l. un. C. de Nili agger. (9. 38).

9) L. 33 C. de decurion. (10. 31). l. 15 C. de appellat. (7. 62).

10) L. 3 C. de gener. abol. (9. 43). l. 7 C. de sent. pass. (9. 51). Plochmann S. 18—25 behauptet die beschränkte Wirkung überhaupt von der indulgentia (auch der spec.) im Gegensatz der restitutio.

11) s. z. B. L. Wisig. VI, 1, 7. und Stellen in den Kapitularien. s. z. B. Cap. I. 809. c. 1 (P. I. 155). Beisp. bei Plochmann S. 26. Ergänzend trat in gewissem Sinne das kirchliche Asylrecht ein. Wilda S. 537—543.

12) Charakteristisch ist namentlich die Bestimmung, daß der Kaiser nicht begnadigen soll ohne Zustimmung des Richters und des Verletzten. RA. von Nürnberg 1187.

Mittel, die Härte des formellen Rechts abzuwenden [1]), substituirten. Erst mit der Aufnahme des römischen Rechts und der Entwicklung der Landeshoheit [2]) tritt es unter den Rechten, welche letztere ansprach, bestimmter hervor und wird seitdem [3]) als ein wesentlicher Bestandtheil der wahren Kriminalhoheit betrachtet, sowohl in der Form der Begnadigung im e. S., als der Abolition [4]). Ueber das neuere Recht s. unten.

2) Das Begnadigungsrecht wurde in der letzten Hälfte des vor. JHs einer strengen Kritik unterworfen, die insofern allerdings relativ berechtigt war, als die faktische Ausübung dieses Rechts nur zu oft seiner Idee keineswegs entsprach [5]), diese faktische Ausübung desselben als eines reinen Ausflusses der Willkühr aber auch in der Doktrin Vertheidigung fand. Ausgehend nämlich von der an sich richtigen Eintheilung der Strafmilderung in mitigatio ex capite justitiae und ex capite gratiae [6]) faßte man die letztere als abstrakten Gegensatz der ersteren auf und definirte sie daher als eine Maßregel, die schlechthin auf keiner rechtlichen Nöthigung beruhe, sondern lediglich von der Willkühr des Regenten abhänge. Jedenfalls war diese Ansicht gegenüber derjenigen im Recht, welche beide Arten von mitigatio innerlich nicht unterscheidet, sondern das richterliche Milderungsrecht nur als theilweise delegirtes Begnadigungsrecht ansieht [7]). Aber Unrecht hatte sie, wenn sie den Gegensatz zwischen abstraktem Recht und Gnade zum Gegensatz von Recht überhaupt und Willkühr machte, indem sie nicht begriff, daß in der Gnade selbst ein höheres Recht sich Bahn bricht. Ueberdies mußte sie, um nur überhaupt zur Möglichkeit eines Begnadigungsrechts zu gelangen, von der ganz falschen Voraussetzung ausgehen, daß dieses Recht dieselbe Staatsgewalt zur Quelle habe, wie das Recht der Strafgesetzgebung, indem man die Begnadigung als eine constitutio personalis ansah [8]); und natürlich war es von diesem Stand=

---

1) Pacificatio faidae, Lösung um Geld u. dgl. Plochmann sucht den Grund der Seltenheit der Begnadigung im Anklageprozeß und der Schöffenverfassung (?). S. 30. 31.

2) Sehr mangelhafte Vorstellungen über die Entstehung des Begnad.rechts in Deutschland s. noch bei Kleinschrod II. §. 108 nach Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 28.

3) s. z. B. RA. z. Speyer 1526 §. 6. 8. 1529 §. 6. Carpzov qu. 150 u. die bei Plochmann S. 34 angef. Diss.

4) Zachariä deutsch. Staatsrecht II. 209—216.

5) Die Klagen der Wirt. Stände i. J. 1514 (Sattler Herzoge I. 161) waren hier und anderwärts zu allen Zeiten mehr oder weniger gegründet.

6) Heisler de justis poenam mitig. caus. §. 11.

7) Dieser Ansicht huldigten faktisch fast alle Aelteren, indem sie Gründe, welche nur die Begnadigung beachten kann, zu Strafmilderungsgründen stempelten, wie sie umgekehrt in den Begriff der Begnadigung den der Milderung aus Rechtsgründen aufnahmen. Unrecht hat aber Berner Theilnahme S. 135. 136, wenn er diesen Fehler als auch jetzt noch herrschend bezeichnet, und besonders, wenn er Michelet Moral S. 92 desselben anklagt, da dieser vielmehr gerade das Richtige sagt und sich nur nicht genau ausdrückt. vgl. Plochmann S. 35—37.

8) s. bes. Kleinschrod II. §. 108—111 (namentlich S. 284 Note), der aber gleichwohl hinterher die Begnadigung wieder einigermaßen zu einer „Justizsache" zu machen versucht. s. auch Carpzov qu. 150. n. 16. Clasen de jure aggrat. 1660. c. 6. Theoretisch war dies auch die Ansicht aller Aelteren. s. auch wieder Plochmann S. 40—42 (dem der Begriff der Centralgewalt fehlt). s. dag. Roßhirt S. 430. Zirkler im Rechtslex. I. 809.

punkte aus ebenso leicht, das Begnadigungsrecht zu verwerfen [1]), als es anzuerkennen [2]), je nachdem man es als mit dem Zweck der Strafgesetzgebung (Sicherung der Rechtsordnung) für verträglich erklärte oder nicht. Auf diesem Standpunkt polemisirte denn auch Kant gegen jenes Recht, das er als einen bloßen Akt höchster Willkühr ansah und theils mit dem Recht des Verletzten auf Genugthuung [3]), theils mit der Sicherheit der Rechtsordnung für unvereinbar hielt, welche beiden Gesichtspunkte freilich an sich unberechtigte sind. Ebenso wurde dagegen ganz mit Recht [4]) eingewendet [5]), die fragliche Auffassung des Begnadigungsrechts beruhe auf der falschen Voraussetzung, daß die Strafgesetze ihren Ursprung bloß im Willen des Regenten haben, sie gebe das kostbarste Interesse der Gesellschaft der Laune Preis, führe zur Ungerechtigkeit wegen der Unvermeidlichkeit der (auf Laune beruhenden) ungleichen Ausübung, gefährde die Rechtssicherheit und schwäche die Achtung vor der Rechtspflege [6]). Indessen machte schon Kant selbst eine Ausnahme für einen Fall, der unter §. 144 a. gehört [7]). Darin folgte ihm Feuerbach, der noch den Fall §. 144 b. und den weiteren beifügt, wenn es sich darum handle, einen Widerspruch des förmlichen Rechts mit dem materiellen auszugleichen [8]) (womit er namentlich die Korrektion einer veralteten Gesetzgebung meint) [9]). Faßt man das letzte Moment sowohl allgemeiner als bestimmter, wie in §. 144 c. geschehen ist [10]), so hat man allerdings

1) Bayl A. Arch. VI. 3. S. 89—93. f. übr. Beitr. I. 142—144.

2) Kleinschrod a. a. O. Klein A. Arch. VI. 4. S. 19—22. Tittmann Grundlinien §. 59. Martin §. 103. Marezoll S. 210 (?). Trummer a. a. O. wird von Plochmann unrichtig mit Klein zusammengestellt.

3) Daher läßt er beim crimen laesae maj. die Begnadigung zu (soweit sie mit der Sicherheit des Staats verträglich sei); ebenso Tieftrunk philos. Unters. üb. d. Priv. u. öff. R. II. 477. Bergk a. a. O. Mit Recht wird jedoch im A. Arch. VI. 3. S. 98. 99 dagegen bemerkt, daß auf diesem Standpunkt die Erlassung der Strafe nicht als Akt eines Majestätsrechts (Begnadigung), sondern nur als gemeine remissio injuriae erscheine.

4) Daher ist N. Rev. S. 922 zu viel gesagt. f. auch Oersted S. 454. 455.

5) Beccaria §. 46. Pastoret loix pénales I. c. 4. Filangieri IV. c. 57. Servin législat. crim. übers. v. Gruner S. 125. Salchow a. a. O. Dompière l. c. vgl. Lacuisine administr. de la just. crim. p. 141 sq.

6) In Wahrheit treffen diese Vorwürfe allerdings nur den Mißbrauch u. die falsche Auffassung des Begnad.rechts, sind aber unter allen Umständen sehr zu beherzigen, da die Mittel, den Mißbrauch zu hindern, sehr prekär sind. Stübel Krim. Verf. III. §. 1385—1390.

7) Metaph. Anfangsgr. S. 201. 202, ebenso Filangieri l. c., der sogar bei großen Verdiensten des Verbrechers um den Staat Gnade zulassen will, wie auch Kleinschrod II. §. 110.

8) Lb. §. 63. Kleinschrod §. 110.

9) vgl. Zirkler in Weiske's Rechtsler. I. 802. Mittermaier n. 2. z. F. §. 63. f. jed. Marezoll S. 212. n. 2. Plochmann S. 58. 59.

10) f. auch Grolman §. 101. Henke I. 571—574 (welche das Recht ohne Grund auf Strafmilderung beschränken). Tittmann Hdb. §. 62. not. 5. Stübel §. 1375—1384 (der, wie Klein u. das preuß. LR., hier auch die Verjährung unterbringt). Oersted, Roßhirt a. a. O. Abegg §. 168. 169. Marezoll S. 211. 212. Mittermaier n. 3. z. F. §. 63. Zirkler a. a. O. S. 791 f. Welcker im Staatsler. II. 329 ff. Trummer a. a. O. Plochmann S. 51 ff. Mehrere der Genannten beschränken sich indessen auf den Grund c). Trummer hat nur das Eigene, daß er der (materiellen) Gerechtigkeit die Gemeingefährlichkeit substituirt. Plochmann spricht in den Fällen a. b. von außerordentlicher Begnadigung.

die Gründe beisammen, welche das Begnadigungsrecht schon auf dem reinrechtlichen Standpunkte rechtfertigen, indem sie es auf ein rechtliches Fundament stützen, und zwar nur für solche Fälle, in welchen die vom Recht selbst geforderte Herabsetzung oder Erlassung der Strafe weder durch die gesetzgebende, noch durch die richterliche Gewalt bewirkt werden kann. Letzteres ist bei den Fällen a. und b. für sich klar, da die Gesetzgebung zu b. sich selbst widerspricht, wenn sie in Einem Athem Strafe droht und Verzeihung sichert, die aus Gründen des strengen Rechts nicht abgeleitet werden kann [1]), während der Grund des Strafnachlasses im Fall a) der Gesetzgebung deshalb fremd bleiben muß, weil er auf der Voraussetzung einer außerordentlichen Kollision beruht. Nur ist es falsch, die Abolition, Begnadigung, oder Amnestie in diesen Fällen als eine Sache bloßer Politik anzusehen, womit das Recht nichts zu schaffen habe [2]). Im Falle c) versteht sich der rechtliche Charakter des Eingreifens der Centralgewalt ebenso von selbst, und es kommt nur darauf an, die Grenzen zwischen ihr und der Gesetzgebung richtig abzustecken; s. darüber §. 144 a. E. Es ist deshalb entschieden verwerflich, wenn man das Begnadigungsrecht da in Anspruch nimmt, wo es Sache der Gesetzgebung ist, einzuschreiten, z. B. durch Abänderung veralteter Strafgesetze, durch gehörige Festsetzung der Strafminima, durch gebührende Bestimmungen über das richterliche Milderungsrecht ꝛc. [3]). Ebenso unrichtig ist es jedoch, wenn man, um das Begnadigungsrecht möglichst zu beschränken, von der Gesetzgebung schon die Fürsorge für außerordentliche Fälle fordert, wenn man ihr namentlich zumuthet, nicht nur die auf konstant sich wiederholenden Verhältnissen beruhenden bestimmten Milderungsgründe anzuerkennen, sondern auch dem Richter ein ganz unbestimmtes Milderungsrecht wegen zusammentreffender Minderungsgründe einzuräumen [4]), oder die Strafminima über das Maß des gewöhnlichen Bedürfnisses herabzusetzen [5]), oder direkt resp. indirekt den Richter zur Berücksichtigung von nicht rechtlichen, d. h. aus der Handlung selbst abstrahirbaren, sondern allgemeineren sittlichen Rücksichten zu ermächtigen [6]).

---

1) Dieses Widerspruchs hat sich aber freilich die Gesetzgebung zu allen Zeiten und auch neustens schuldig gemacht. s. z. B. l. un. §. 2 D. de l. Jul. amb. (48. 14). l. 5 §. 7. C. ad l. Jul. maj. (9. 8). P.G.O. Art. 124 a. E. Sächs. Mand. 14. Dez. 1753. §. 5. Wirt. Ges. 5. März 1810. Art. 11. 35. Bair. GB. Art. 304. Wirt. Art. 144. Sächs. Art. 85. Hann. Art. 127. Braunschw. §. 69, 3. Hess. Art. 135. Bad. §. 131. Thüring. Art. 81. Oestr. §. 62. — Sächs. Entw. Art. 116. Bair. Entw. Art. 103. s. dag. Heffter §. 185. n. 1. Abegg S. 251 (unrichtig). Marezoll S. 211. n. 3. bes. Oersted S. 461.

2) So Henke a. a. O. s. dag. bes. Oersted S. 458—461. Stübel §. 1381—1383. Andere sprechen hier geradezu von einem Nothrecht, und wollen deshalb hier gar nicht von Begnadigung gesprochen wissen. Bayl A. Arch. VI. 3. S. 93—98. u. Beitr. I. 134—141. Zirkler S. 803. Plochmann S. 82 f. nennt die Begnadigung in diesen Fällen rechtmäßig, obwohl sie der Gerechtigkeit geradezu widerspreche (!!).

3) Mittermaier Fortbildung I. 300—309. vgl. auch Oskar üb. Strafe u. Strafanstalten S. 13 f. Russel b. Mitterm. cit.

4) Viel zu weit geht hierin Mittermaier, s. zwar N. Arch. 1835. S. 546. n. 7, dag. aber eb. XIV. 274 f. Neust. Zustand S. 80 f. Vier Abh. S. 7 f. N. Arch. 1852. S. 178. 179. ebenso Plochmann S. 53. 54. Kitka u. A. (s. o.).

5) s. §. 142. Anm. 3.

6) Wie sehr die neuen Gesetzgebungen, während sie zum Theil mit den wahren

3) Gleichwohl ist die Begrenzung des Begnadigungsrechts auf den rein juristischen Standpunkt [1]) nicht richtig. Der Einwurf älterer Schriftsteller, daß die Begnadigung dadurch zu einer reinen Justizsache gemacht und gerade ihres spezifischen Charakters (eines Geschenks aus freier Huld) beraubt werde [2]), ist dagegen durchaus berechtigt, wiewohl sie wieder im Irrthum sind, wenn sie daraus schließen, daß die Gnade im Gegensatz des strengen, erzwingbaren Rechts auf die abstrakte Willkühr gestützt werden müsse [3]). Namentlich steht aber jener rein juristischen Begründung entgegen, daß sie konsequent auf ein analoges Schärfungsrecht des Regenten führt [4]). Es ist bequem, hiegegen sich auf das Prinzip der Androhungstheorie [5]), oder auf Zweckmäßigkeitsgründe [6]), oder auf das konstitutionelle Staatsrecht [7]) u. dgl. zu berufen, wodurch die Schwierigkeit umgangen wird, während die Aelteren größtentheils an der Existenz eines solchen Rechts gar keinen Zweifel hatten [8]). Allein die Wissenschaft verlangt, daß die Schwierigkeit nicht umgangen, sondern gehoben werde; s. hierüber §. 145. Ebenso bleibt die rein rechtliche Auffassung die Begründung des spezifischen Wesens der Gnade, der Freiheit ihrer Ausübung, durchaus schuldig. Konsequenter Weise müßte sie dieselbe geradezu läugnen, wie dies denn auch in Beziehung auf die Fälle §. 144 a. b. oft genug geschehen [9]) und selbst für den Fall c) theilweise eingeräumt ist [10]). Wird dagegen behauptet, daß der Regent bloß die moralische (nicht erzwingbare) Verpflichtung zur Begnadigung habe [11]), so giebt diese Ansicht sich selbst auf und geht in diejenige über, welche sie bekämpft. Wirft sie aber der letzteren gar vor, daß sie den Regenten als höhere Instanz über den Richter setze, und daß sie zur Analogie des Strafschärfungsrechts des Regenten führe [12]), so ist

---

Milderungsgründen knausern, gerade in dieser Beziehung die Grenze nicht einzuhalten wissen, darüber s. o. Unrichtig ist auch die Beschränkung des Begnad.rechts bei Weidtel Grundlagen d. Strafges.gebung S. 228.

1) so namentlich bei Henke (der übrigens politische Gründe nicht ausschließt, was hierher nicht gehört), Grolman, Feuerbach, Stübel, Bauer §. 131, Marezoll, Mittermaier, Plochmann S. 51 ff. s. dag. Jarcke I. 339. Abegg (freilich unbestimmt), Bauer Abh. I. 206. Tittmann §. 62. not. 5. Berner Theilnahme S. 136—138, u. bes. Bayl Beitr. I. 142—144. Roßhirt a. a. O. Zirkler S. 796 f. Schulze Leitfaden S. 422—424. s. auch Oersted S. 461. 462. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 42. Breidenbach I. 1. S. 177. 178.

2) s. bes. Bayl A. Arch. VI. 3. S. 87 f. Kleinschrod a. a. O. (der aber inkonsequent wird).

3) s. dag. die Ausführung von Leibnitz über die justitia distrib. in der Diss. I. ad Cod. j. gent. §. 11 sq. u. Bayl Beitr. I. 142—144.

4) Nicht bemerkt von Oersted, Berner u. A. s. dag. Henke I. 571. 572.

5) Kleinschrod II. §. 112. 113. Tittmann §. 62.

6) Henke a. a. O. Auf das Prinzip der Humanität beruft sich Roßhirt S. 420.

7) Wächter I. S. 203. Marezoll S. 168. n. 5. Plochmann S. 57. n. 4.

8) Leyser sp. 646. m. 1—7. Schöpf de conc. delict. 1738. §. 12. Becmann de aequitate privil. odiosi. 1750. §. 27 sq. Quistorp §. 98. Gerstlacher Hdb. d. Deutsch. Reichsges. XI. 2397. u. neuerdings Trummer a. a. O. S. 208—210 (hier ganz konsequent).

9) s. bes. Bayl u. Stübel a. a. O. Trummer S. 221. Schwankend erklärt sich Plochmann S. 3. 57. 64. 82 ff.

10) Trummer S. 211. Henke I. 572. Stübel §. 1373. 1377 ff.

11) Plochmann S. 57. 58 (not. 6 ist geradezu verkehrt). 64.

12) Plochmann S. 52. 53. vgl. 62. 63. 76, wo der Regent geradezu als

letzteres offenbar ganz verkehrt und vielmehr klar, daß beide Vorwürfe gerade nur sie selbst treffen. Nicht minder verkehrt ist es, wenn der richtigen Ansicht die Vorstellung untergeschoben wird, daß der begnadigende Regent die Idee der göttlichen Barmherzigkeit zu verwirklichen habe [1]), da vielmehr nur von sittlichen, reinmenschlichen Rücksichten die Rede ist, deren Beachtung aber, weil sie nicht unmittelbar in der rechtsverletzenden Handlung liegen, dem Richter versagt sein muß [2]). Gerade daraus daß bei der Begnadigung über die objektiv sittlichen Normen hinauszugehen und die absolut sittliche Idee in's Auge zu fassen ist, und eben **nur** daraus folgt, daß das Recht dazu keiner Richter- oder sonstigen Behörde, sondern bloß der Centralgewalt und zwar nur der einem einzelnen **Subjekt** (Monarchen oder Präsidenten eines Freistaats) übertragenen zustehen kann [3]), daß daher die Gestattung seiner Verleihung an Unterthanen [4]) ebenso irrational ist als seine Uebertragung an den Senat, gesetzgebenden Körper oder eine sonstige zusammengesetzte Behörde einer Republik [5]). Denn nur das Gewissen eines Einzelnen (Höchstgestellten) ist das mögliche Medium, worin das Absolutsittliche sich als Korrektiv des Objektivsittlichen (Reinrechtlichen) geltend machen kann [6]) (§. 146). Eben hieraus folgt nun aber ferner, daß die Ausübung des Begnadigungsrechts an keine materiellen Normen gebunden werden kann, sondern in allen [7]) seinen möglichen Richtungen völlig dem gewissenhaften Ermessen des Staatsoberhaupts anheimgestellt bleiben muß. Bestimmungen über die Grenzen haben daher nur wissenschaftlichen Werth und Bedeutung für die richtige Leitung der öffentlichen Meinung [8]). Zugleich versteht sich nach der richtigen Ansicht

---

oberster Richter (!) bezeichnet wird (67. 68 wird dagegen protestirt und die Begnadigung den außerordentlichen Rechtsmitteln gleichgestellt!). s. bes. **Roßhirt** S. 417. **Trummer** S. 227—237 u. **Plochmann** selbst S. 68. Unklar ist auch **Marezoll** S. 211. n. 5.

1) Dieser Irrthum findet sich allerdings bei **Gans** a. a. O. Auch **Roßhirt** S. 423 geht zu weit.

2) Dies wird freilich geläugnet von **Plochmann** S. 53. 54 vgl. Blätter f. Rechtsanwendung III. 7. VII. 62, aber auf Kosten aller vernünftigen Begrenzung der richterlichen Gewalt, der hiemit das Recht der Gnade theilweise preisgegeben wird. s. dag. **Trummer** S. 211 u. **Plochmann** selbst S. 69. 70!

3) Die Bemerkung von **Montesquieu** VI. c. 21 trifft freilich das punctum saliens nicht, noch weniger aber die Kritik darüber von **Plochmann** S. 65, der davon gar keine Idee hat.

4) Wie im **preuß.** LR. II. 13. §. 9 (vgl. **Heffter** §. 183. n. 2). s. dag. auch **Plochmann** S. 70. n. 12. Weit treffender war der von Letzterem naiv genannte Vorschlag von **Campanella** bei **Schwarz** D. de j. adgrat. 1647. th. 2. n. e.

5) Wie in den Schweizer Kantonen ꝛc. **Plochmann** S. 44. 45. vgl. bes. **De Candolle** l. c.

6) **Wirth** Ethik II. 182.

7) Schon in diesem Hauptmomente ist daher der von **Plochmann** als wesentlich, durchgreifend, und alle bisherigen Irrthümer abschneidend verkündigte Unterschied von ordentlicher und außerordentlicher Begnadigung (S. 64) völlig indifferent (S. 65. n. 1).

8) **Roßhirt** S. 418—423. **Marezoll** S. 211. not. 4. Das Gegentheil läge in der Konsequenz der Ansicht, welche **Feuerbach**, **Grolman**, **Stübel**, **Oersted**, **Bauer**, **Mittermaier**, **Plochmann** u. A. vertheidigen. vgl. **Carpzov** qu. 190. n. 44. **Schwarz** l. c. th. 5. **Montesquieu** l. c. **Zirkler** S. 801. **De Candolle** p. 23 sq. Die Momente, welche Plochmann

von selbst, daß der Regent auch rechtliche Gründe beachten, daß er aber seinen Ausspruch nicht in der Form eines Urtheils höherer Instanz geben darf [1]). Es kann sich daher für die Gesetzgebung nur um formelle Garantieen gegen den Mißbrauch des Begnadigungsrechts handeln. Als solche erscheinen a) Zeitbestimmungen, worüber §. 147 [2]); b) Verantwortlichmachung des begutachtenden Ministers, — bei der Abolition zu rechtfertigen, ja sehr anzurathen, dagegen nicht bei der Begnadigung im e. S. [3]), weil bei ersterer die Politik, bei letzterer die Moral den Schwerpunkt bildet, und erstere gefährlicherem Mißbrauch ausgesetzt ist; c) Forderung einer Begutachtung durch das erkennende Gericht (bei Begnad. im e. S.), die freilich nicht bindend sein kann [4]), d) Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens, e) bei theilweiser Begnadigung die Vorschrift für den Regenten, sich an das gesetzliche Strafensystem und an die gesetzliche Strafskala zu halten [5]). — Die Abolition überhaupt zu untersagen [6]), wäre Verkehrtheit, wenn man die Gründe §. 144 a. b. als Begnadigungsgründe anerkennt, da hier der Zweck meist eben nur durch Abolition erreicht werden kann, was besonders von der Amnestie gilt [7]). — Völlig unrichtig ist es jedoch, wenn Manche auch die Einrichtung, daß den Sträflingen für den Fall der Besserung Nachlaß eines Theils der Strafe in Aussicht gestellt wird, beanstanden und gar für eine bloß politische Maßregel ausgeben, da sie vielmehr wesentlich unter §. 144 c. §. 145 gehört [8]) (damit sollen jedoch nicht alle Experimente gebilligt sein, die man in Verbindung mit der einseitigen Auffassung des Pönitenziarsystems angestellt hat) [9]). — Die römischrechtliche gänzliche Ausschließung der Begnadigung bei gewissen Verbrechen

S. 66—69 angiebt, sind nicht erschöpfend, wie er irriger Weise betont; zugleich führen sie auf ganz falsche Vorstellungen, deren Konsequenzen S. 76 zu Tage kommen (vgl. dag. S. 68 unten!).

1) s. bes. Trummer S. 227—237 u. Oersted ib. cit. Roßhirt S. 417. Plochmann S. 68 (s. jed. S. 76). vgl. die Fälle im N. Arch. IV. 632 ff. Zachariä D. Staatsr. II. 214.

2) Plochmann S. 65. 85.

3) A. M. Guizot de la peine de mort ch. 10. s. dag. Mittermaier N. Arch. XIII. 151. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 42. Plochmann S. 70. 71. vgl. wirt. Vf.U. §. 97. Braunschw. §. 208 (fordert wenigstens ein Gutachten des O.A.Ger.).

4) N. Rev. S. 929. N. Arch. XIII. 153. Mohl a. a. O.

5) Von Plochmann übergangen. s. dag. Mohl a. a. O. N. Rev. S. 929.

6) Gegen die Abolition sind Kleinschrod II. §. 111. Stübel Krim.Verf. §. 1385 f. Tittmann §. 62. Spangenberg N. Arch. XIII. 355 f. Abegg nur gegen abol. specialis, wie Grolman §. 101. Henke I. 574 (läßt sie jedoch aus Politik zu). Jordan Staatsr. S. 371 f. Pfeiffer prakt. Ausf. III. 430 ff. vgl. noch Müller Strafproz. §. 86. s. dag. Feuerbach, Oersted, Trummer, Roßhirt, Bayl (als Nothrecht), Plochmann, Zachariä, Mohl, Zirkler, Weiß (Staatsr. S. 500).

7) Grolman, Abegg u. die in vor. Note a. E. Angef. vgl. Dupin in Sebire encycl. 1837. p. 411 sq. Mangin act. publ. II. 459 sq.

8) Oskar Strafe u. Strafanst. S. 135 f. Plochmann S. 84. n. 3. — vgl. bair. GB. Art. 12. 13. 15. Anm. I. 94. VO. 19. Nov. 1818. 28. Juli 1819. Min.Entschl. 8. Jan. 1849. Zürch. §. 38 f. Luzern. Art. 100 rc. Mittermaier n. 4. z. F. §. 63. u. Vier Abh. S. 8. 12. 13. Wirth Eth. II. 183. N. Rev. §. 220. Hélie I. 124—127 u. Livingston ib. cit.

9) vgl. Lieber, Lucas u. A. b. Mittermaier n. 4 Angeff. Bonneville instit. complém. du syst. pénit. p. 156 sq. 194.

ist heutzutage ebenso Antiquität, wie die im 17. Jahrh. aufgekommene Ansicht, daß Begnadigung bei den im jus divinum verbotenen Verbrechen nicht stattfinden dürfe [1]). Ueber die im §. 148 gemachte, mit dem konstitutionellen System zusammenhängende Ausnahme s. das Staatsrecht [2]).

4) Was die Veranlassung zur Ausübung des Begnadigungsrechts betrifft, so ist die comm. opinio mit Recht dafür, sie nicht von einem Gesuche abhängig zu machen. Gleichwohl findet man [3]) allerlei Bedenklichkeiten gegen die eben deshalb getroffenen positivrechtlichen Einrichtungen, wornach theils Vorlegung aller schweren Straffälle von Amtswegen vorgeschrieben, theils den Gerichten zur Pflicht gemacht oder gestattet ist, den Verurtheilten der Gnade zu empfehlen. Allein mit Unrecht. Denn jene Vorlegung [4]) ist nicht als eine Vorlegung behufs der Bestätigung zu betrachten, was allerdings gänzlich falsch wäre (übrigens freilich in Deutschland bis auf die neuere Zeit sehr häufig vorkam) [5]); und, wenn auch den Gerichten jenes Recht des Antrags [6]) entzogen sein sollte, so wäre schwer abzusehen, wie der Regent ohne ein Begnadigungsgesuch Anlaß zu Ausübung seines Rechts erhalten sollte. Im Falle §. 144 b. ist ohnedies eine Vorlegung Seitens des Gerichts (falls nicht die Gnade schon dem Gesetz einverleibt ist) nöthig, während im Fall a) in der Regel irgend eine Vermittlung nicht erforderlich sein wird [7]). — Daß die Begnadigung nur hinsichtlich der strafrechtlichen, nie aber hinsichtlich der privatrechtlichen Folgen des Delikts wirken könne, ist allgemein anerkannt [8]). Von den strafrechtlichen die eine oder andre absolut von der Wirkung der Begnadigung auszuschließen, liegt kein Grund vor [9]). Da jedoch im konkreten Falle nicht nur eine bloße Strafmilderung, sondern auch bei Erlassung der Strafe die Beibehaltung der einen oder andern Folge der Verurtheilung [10])

---

1) s. die Citt. b. Blochmann S. 34 u. Falck Encykl. 2. A. S. 105.

2) N. Rev. S. 932–934. s. bes. Mohl Ministerverantwortlichkeit u. wirt. Staatsr. I. §. 130. n. 9. Wirth Ethik II. 199.

3) s. z. B. Mittermaier Vier Abh. S. 9. 10 (s. aber S. 10 unt.?).

4) s. z. B. wirt. Vf.U. §. 96. 97. Strafpr.O. Art. 432. Schwurger.Ges. Art. 189. 190. Ges. 17. Juni 1853. Art. 5. östr. Strafpr.O. §. 293. braunschw. Vf.U. §. 193. preuß. Strafproz. v. Frantz S. 114—116.

5) z. B. preuß. Krim.O. §. 508—512. j. Reskr. 4. Nov. 1831. vgl. über Hannover, Baden rc. Mittermaier Strafverf. §. 200. n. 15. vgl. Zachariä D. Staatsr. II. 208. Schmid Beitr. z. Krim.rechtswiss. S. 165 ff.

6) z. B. bair. GB. Art. 96. hannövr. Art. 97. wirt. Strafpr.O. Art. 432. vgl. Hufnagel I. 288—290.

7) Blochmann S. 72–74. 85. 86.

8) s. jed. Stübel Krim.Verf. §. 1405. 1406. Ueber die Grenzen der Giltigkeit des Satzes besteht von jeher Streit. vgl. Leyser sp. 626. Wildvogel de abol. 1727. §. 35. Engau de abol. 1754. §. 24. Seger de abol. §. 3 a. Hommel rhaps. obs. 676. Koch instit. §. 980. Schorch resp. 279. nr. 34—73. Quistorp §. 859. 860. Tittmann §. 62. a. C. Böhmer Cons. II. 1. c. 376. Spangenberg N. Arch. XIII. 355 f. Heffter §. 184. n. 1. Abegg S. 251 unt. Blochmann S. 74. 75. 78. 79. 86.

9) Daß das röm. Recht hierin für antiquirt erachtet werden sollte (s. übr. Hufnagel I. 287), sagt auch Blochmann S. 75. n. 10. vgl. S. 89. 90. Indessen bestehen nach neuerem Staatsrechte Ausnahmen, welche der Besorgniß vor dem Mißbrauch des Begnadigungsrechts entstammen.

10) namentlich der Ehrenfolgen. Sieht man freilich richtiger die sog. Ehrenfolgen als einen Theil der Strafe an, so ist Alles einfach, d. h. es liegt betr. Falls eben eine unvollständige Begnadigung vor.

gerechtfertigt sein kann, so wäre es sehr wünschenswerth, wenn bestimmte Normen über die strafrechtlichen Folgen der Begnadigung gegeben, resp. die Dekrete stets bestimmt gefaßt würden. Denn nichts kann mit dem Begriff der Gnade und der Würde des Staatsoberhaupts unverträglicher sein, als der herkömmliche Grundsatz [1]), daß Begnadigungen als Privilegien strictissime auszulegen seien [2]), — ein Grundsatz, der freilich bei dem gegenwärtig herrschenden Systeme der Verzettelung der strafrechtlichen Folgen in andern Gesetzen außerhalb des Strafges.buchs und des Mangels aller, oder fast aller Normen über die Wirkung der Gnade unvermeidlich ist. Die römischrechtlichen Auslegungsregeln passen auf die modernen Rechtszustände nicht mehr, da von römischer Infamie, allgemeiner Vermögenskonfiskation rc. keine Rede mehr ist [3]). Für die modernen Zustände aber fehlt es an leitenden Grundsätzen, soweit sie nicht aus dem Begriff selbst genommen werden können, fast ganz, und die, welche sich vorfinden, entsprechen zum Theil dem Begriff nicht. Von der Abolition zwar scheint angenommen werden zu müssen, daß sie schlechthin alle strafrechtlichen Folgen des Delikts tilge [4]). Und in der That versteht sich dies von allen Folgen, die eine Verurtheilung voraussetzen, von selbst (daher namentlich auch von allen sog. Ehrenfolgen nach neuerem Rechte) [5]). Dagegen versteht es sich nicht ebenso von selbst von etwaigen Wirkungen der bereits stattgehabten Untersuchung, wenn sie nicht rückwärts annullirt wird, namentlich nicht von der Verbindlichkeit die Kosten zu tragen, soweit sie auch einem Freigesprochenen auferlegt werden kann [6]); desgleichen von gewissen staatsrechtlichen Nachtheilen, die nicht selten mit dem Umstand verbunden werden, daß man in Untersuchung gestanden habe, ohne freigesprochen worden zu sein. Unfehlbar ist es begriffswidrig, und bei der (freilich an sich verwerflichen) Abolition außer den Fällen a. b. (§. 144) auch ungerecht [7]), sie in der fraglichen Beziehung der Freisprechung nicht gleichzustellen. Allein von selbst versteht sich diese Gleichstellung nicht [8]). Die Begnadigung im e. S. dagegen setzt ein ver-

---

1) Quistorp §. 852 (der sich freilich hieran nicht bindet). Püttmann Elem. §. 1058 (s. jed. §. 1061. not. h.). Heffter §. 184. n. 3—6 (referirt nicht genau). Marezoll S. 214. n. 2. Abegg S. 251 (nach Heffter).

2) Plochmann S. 76. Note 10 (s. aber S. 86 ff.).

3) Daher ist das Meiste von dem, was Heffter beibringt, veraltet oder gänzlich vag. Roßhirt S. 425.

4) Wildvogel §. 38. Leyser sp. 626. Hommel obs. 676. Quistorp §. 858. Püttmann §. 1058. Selchow Rechtsfälle IV. n. 108. Müller Strafproz. §. 86. Heffter §. 184. n. 9. Plochmann S. 86. 87. Früher war die Unterscheidung hergebracht, ob nur die Untersuchung gegen den Begünstigten wegfallen oder das Andenken der ganzen That getilgt sein soll. s. auch Klein §. 183.

5) Die Abolition steht hierin der Prozeßverjährung durchaus gleich, namentlich auch darin, daß aus dem abolirten Delikt kein Straferhöhungsgrund (resp. Grund einer Rückfallsstrafe) für ein späteres entsteht.

6) Ohne diese Limitation behaupten es Böhmer ad C. qu. 150. obs. 3. Quistorp §. 859. Henke IV. §. 21. Heffter §. 184. n. 1. — Das Gegentheil behaupten Leyser l. c. Plochmann S. 87 ob. Die Limitation ist freilich bestritten, Mittermaier Strafverf. §. 198. s. aber bes. not. 6.

7) da ja die betr. Person unschuldig sein kann.

8) Ausdrücklich findet sich die Gleichstellung z. B. im hess. Ges. 28. Sept. 1842. Art. 4. s. dag. z. B. hannövr. Vf.Ges. 1840. §. 94 (wo aber der König bei nicht entehrenden (?) Verbrechen rehabilitiren kann).

urtheilendes Erkenntniß voraus, und hebt nur dessen Folgen ganz oder theilweise auf. Es ist eine Folge der unrichtigen reinrechtlichen Auffassung, wenn sie dem freisprechenden Erkenntnisse gleichgestellt und als das richterliche Urtheil (gleichsam in höherer Instanz) aufhebend angesehen wird [1]). Denn damit wird das richtige Verhältniß der Staatsgewalten aufgehoben und der Gnade ein Charakter beigelegt, der ihrem Begriff widerspricht. Es ist sogar zweideutig, wenn die Begnadigung neben Tod, Strafverbüßung, Verjährung (resp. Freisprechung) ohne Weiteres als Grund der Tilgung des Verbrechens hingestellt wird [2]). Vielmehr zeigt sich für den Fall, daß später wieder Verbrechen, resp. gleichartige begangen werden, ein wesentlicher Unterschied. Ein Erschwerungsgrund (resp. Rückfall) ist hier nicht anzunehmen, wenn Freisprechung, Prozeßverjährung oder Abolition eingetreten, wohl aber wenn die Strafe verbüßt, Strafverjährung oder Begnadigung erfolgt war [3]). Abgesehen hievon müßte aber allerdings begriffsmäßig eine ohne ausdrückliche Beschränkung ertheilte Begnadigung alle strafrechtlichen Folgen aufheben [4]). Gleichwohl kann dies nach dem neueren Staatsrecht nicht unbedingt angenommen werden, da dieses nicht selten verschiedene politische Nachtheile (Ehrenstrafen), ohne sie als Strafe zu charakterisiren, unter dem Titel von Folgen einer Kriminaluntersuchung aufführt [5]) und nur infolge eines freisprechenden Erkenntnisses, welchem eine Begnadigung keineswegs ohne Weiteres gleichgestellt werden kann, wegfallen läßt [6]).

---

1) Stübel §. 1408. Heffter §. 184. n. 11 (der sich freilich nur auf das röm. Recht beruft). bes. aber Plochmann S. 76—80, allerdings nur für das, was er ordentliche Begnad. nennt.

2) Feuerbach §. 62. Abegg Krim.proz. §. 192. Lb. S. 252. Heffter §. 180 (mit Unrecht stellt Plochmann S. 2. n. 5 die beiden letztern Feuerbach gegenüber). Bauer §. 130. s. dag. Wächter Rubrik vor §. 125. Martin §. 102.

3) Daher sind Heffter not. 10. Abegg S. 252 sehr inkonsequent, was Plochmann mit Recht geltend macht. vgl. auch Bauer Abh. II. 108, der schwankend ist. s. dag. Martin §. 102. Tittmann §. 115. Plochmann läßt dies nur von der „außerordentlichen" Begnad. gelten. Ueber das pos. Recht s. o.

4) Dies folgt aber lediglich aus dem seiner Natur nach unbeschränkten Begriffe der Gnade überhaupt, daher die Beschränkung auf die „ordentliche" Begnad. bei Plochmann höchst willkührlich ist. Ueberdies ist die Deduktion bei dieser aus der Gleichheit mit dem freisprechenden Erkenntnisse falsch und die ganze Unterscheidung höchst unpraktisch, da der Regent seine Motive anzugeben nicht schuldig, und der Richter zu keiner den Willen des Regenten willkührlich deutenden Auslegung berechtigt ist. Eine Abweichung vom Recht liegt in beiden Fällen vor, und durch die beliebte Unterscheidung würde dem Richter eine Kritik über den sittlichen Werth der Motive des Regenten eingeräumt. Noch dazu hat das für diese Kritik aufgestellte Prinzip selbst sehr problematischen sittlichen Werth, und erscheint um so nichtssagender, da in den für bedenklich gehaltenen Fällen dem viel bedenklicheren Mittel der Abolition dadurch nicht vorgebaut wird.

5) Deshalb hat Debes Aufsätze aus d. Gebiet des bair. R. S. 38 f. allerdings positiv-rechtlich Unrecht, in der Sache selbst aber (A. M. Plochmann S. 78 Not.) ganz Recht.

6) s. z. B. bair. Vf.U. Tit. VI. §. 12. hannövr. §. 94 (s. jed. oben). gr.herz. hess. §. 60 (Breidenbach I. 1. S. 176). Wo dagegen eine solche politische Unfähigkeit nicht schon mit der Verhängung der Untersuchung, sondern nur mit der Verurtheilung verbunden ist, da liegt allerdings kein Grund vor, sie von der Wirkung der Begnadigung auszuschließen, ohne daß man dieser darum den Charakter eines freisprechenden Urtheils beilegen müßte, sondern einfach deshalb, weil mit dem

5) Daß der Begnadigte auf die Gnade nicht verzichten könne, folgt aus der gesammten Auffassung der Begnadigung als eines Akts höherer Gerechtigkeit, mag es sich nun um die Fälle a. b. [1]) des §. 144 oder um den Fall c. handeln. Denn dadurch wird die Anwendbarkeit des Satzes: beneficia nemini obtruduntur [2]) ausgeschlossen; im Gegentheile wäre es Ungerechtigkeit und Barbarei, wenn der Staat in diesen Fällen die gesetzliche Strafe vollzöge. Noch weniger stichhaltig sind die aus der Präventionstheorie genommenen Gründe [3]). Auch der für den Fall der gesetzlichen Zusicherung der Begnadigung an Sträflinge, die sich bessern, geltend gemachte privatrechtliche Gesichtspunkt des unter Voraussetzung der Genehmigung der Regierung statthaften Verzichts auf ein erworbenes Recht ist nicht richtig, da die Zusicherung nur von der Bedingung der Besserung, nicht aber von der Annahme des Verbrechers abhängig gemacht ist [4]). Nur im Fall einer nicht aus höheren politischen Gründen ertheilten Abolition kann man gerechte Zweifel hegen [5]), die aber freilich nur mit dem allgemeinen Zweifel an der Statthaftigkeit der Abolition in solchen Fällen überhaupt zusammenfallen, den Richter jedoch im konkreten Fall durchaus nicht berechtigen, dem Verzicht des Angeschuldigten gegen den Machtspruch des Regenten Statt zu geben [6]). Desgleichen wäre es freilich ein grobes materielles Unrecht, wenn unter dem Titel der Gnade statt einer milderen vielmehr eine härtere Strafe der gesetzlichen substituirt würde. Dem ist aber, wie andern Mißbräuchen, durch eine richtige Organisation des Strafsystems vorzubeugen [7]). Auch ist es gerade um der vorliegenden Frage willen dringend geboten, den Regenten bei der Strafmilderung aus Gnade an das gesetzliche Strafsystem zu binden, da es außerdem sehr ungerecht wäre, dem Begnadigten ein ungesetzliches Uebel statt des gesetzlichen wider seinen Willen aufzudrängen [8]). —

Grund (der ausgesprochenen Strafe) auch die Folge wegfallen muß, wenn sie nicht ausdrücklich vorbehalten wird. s. braunschw. GB. §. 68. bad. §. 24. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 98. n. 3 (dessen Motiv zu weit geht). s. aber Hufnagel I. 287. vgl. Reyscher publ. Verf. S. 308 f. Deutsch. Staatsarch. 1840. V. 1—18. Zirkler d. staatsb. Wahlrechte der Verurth. u. Begn. Zachariä Staatsr. I. 598. n. 8 (2. A.), der sich nicht entscheidet, und sonderbarer Weise die Frage durch die Ueberlassung der Entscheidung an die Ständeversammlungen für erledigt hält, überdies aber die Frage selbst unrichtig stellt.

1) In diesen Fällen hätten schon die Aelteren, welche hier ein Staatsnothrecht annahmen, für den Satz sein sollen. s. indessen noch Weiß Staatsr. S. 717.

2) Davon geht Steiger Verm. Aufsätze nr. 5 aus. vgl. Hartlebens deutsche Justizfama 1804. I. nr. 48. 49. Henke I. 573 (inkonsequent, da er wenigstens theilweise Begnad. zuläßt).

3) s. dag. Oersted Grundreg. S. 464 ff.

4) Roßhirt (S. 423. 424) sagt daher selbst, daß ein einseitiger Verzicht des Verbrechers wirkungslos wäre, wodurch die ganze Frage unpraktisch wird. vgl. Heffter §. 185. n. 2. Plochmann S. 88. 89.

5) Tittmann §. 62. not. 5 a. E.

6) A. M. Marezoll S. 213. not. 2. s. dag. Plochmann S. 65. n. 1. S. 76. 88.

7) Auf das subjektive Meinen des Begnadigten hinsichtlich der Härte der Strafe kommt nichts an. vgl. Oersted a. a. O. Trummer S. 224—226 (nimmt freilich sogar ein wirkliches Schärfungsrecht des Regenten an).

8) s. die Verhandl. b. Hufnagel I. 285—288. Strafgb. m. Anm. S. 124. nr. 5. 6. S. 499. N. Rev. S. 929. n. 2. Breidenbach I. 1. S. 173.

Im Ganzen ist wohl heutzutage die comm. opinio für den fraglichen Satz [1]). Anders war es allerdings in früherer Zeit, da man die Gnade eben nur als Privilegium und Benefiz ansah [2]).

6) Das Recht der Begnadigung im e. S. ist in Deutschland allerseits anerkannt, im Sinne der Erlassung oder Milderung der Strafe, wie der Restitution, jedoch in Beziehung auf Aufhebung gewisser mit einer Krim.untersuchung, resp. Verurtheilung verbundenen Folgen nicht überall unbedingt [3]). Nicht so (theilweise [4]) wenigstens mit Recht) das der Abolition, welches in mehreren Staaten ganz [5]), in andern wenigstens für gewisse Fälle ausgeschlossen ist [6]).

---

1) Quistorp §. 848. Westphal Krim.R. S. 939. Tittmann, Oersted, Trummer a. a. O. Roßhirt S. 423. Heffter §. 184. n. 7. Marezoll S. 213. Plochmann S. 80—82. 88. 89. Zachariä Staatsr. II. 215. Mohl wirt. Staatsr. I. §. 42. Zirkler S. 805. Mittermaier n. 7. z. F. §. 63. Buma l. c. p. 56 sq. Suringar l. c. p. 74.

2) s. die Beispiele bei Carpzov u. noch den C. Max. II. c. 11 §. 3, der jedoch bereits bei Leibes- u. Lebensstrafen den Verzicht ausschließt. Ebenso preuß. Reskr. 22. Juni 1813. — In Schweden u. Norwegen dagegen steht die Giltigkeit des Verzichts grundgesetzlich fest. vgl. den N. Arch. 1836. S. 24. n. 37 mitgetheilten Fall.

3) Anm. 5. vgl. auch noch hinsichtlich der Orden Mohl wirt. Staatsr. I. §. 53. Ueber §. 50 der großh. hess. Vf.U. s. Breidenbach I. 1. S. 176. 177. 429. 430.

4) Plochmann S. 85. not. 4. vgl. Weiß ib. cit.

5) so in Baiern (A. M. Debes a. a. O. S. 34). Baden (A. M. Roßhirt S. 430. 431).

6) s. z. B. großh. hess. Vf.U. §. 50. kurhess. §. 126. Ausschließung der Abolition (resp. der Begnadigung) bei Verurtheilungen wegen Verfassungsverletzung s. z. B. in der wirt. Verf.U. §. 205, braunschw. §. 111, kurhess. a. a. O., hildburgh. §. 63, meining. Art. 106.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

22/ 20 81

Univ. Buchbi
GEORG KO
MÜNCHE
Schellingstr. 10-1

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Köstlin, Reinhold, 1813-1856

System des deutschen Strafrechts

Bd.: 1

Tübingen 1855

Crim. 154 nc-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10394858-8